EL "FAVOR IURIS" EN EL MATRIMONIO

SUMARIO

En el canon 1.014 se halla un principio general de gran importancia, no sólo teórica sino especialmente práctica, en todo el derecho matrimonial: "El matrimonio goza del favor del derecho." Y de ese principio de carácter general saca inmediatamente el legislador, en el mismo canon, una consecuencia también fundamental: "Por consiguiente, en caso de duda se debe estar por la validez del matrimonio, mientras no se demuestre lo contrario, salvo lo que se prescribe en el canon 1.127."

Es cosa frecuente que el legislador eclesiástico, al traducir en fórmulas canónicas lo que él tiene en su mente, proceda de una manera semejante a como lo ha hecho en el canon 1.014: primero, establecer una norma general, y después, procediendo de lo general a lo particular, de la causa a los efectos, deducir alguna consecuencia que lógicamente se desprende. Pero así como la causa no puede identificarse adecuadamente con el efecto, ni el continente con su contenido, así tampoco puede identificarse por completo el principio general del canon 1.014 con la consecuencia que el mismo canon saca de aquel principio. La conclusión está, sí, contenida virtualmente en las premisas, como el efecto en la causa; pero no a la inversa. Por eso

padecería ciertamente error el que no viera en el "favor iuris", de que goza el matrimonio, más trascendencia que la presunción de validez en caso de duda.

La vida de ese principio del favor del derecho se manifiesta ampliamente en otros cánones del derecho matrimonial y no puede echarse en olvido esa norma, si se quiere conocer e interpretar bien el espíritu del ordenamiento canónico en esa parte de la legislación eclesiástica.

I. EL "FAVOR IURIS" DEL MATRIMONIO, EN GENERAL

1.° Noción del "favor iuris".

El favor, en cuanto que significa "protección" en general, no compete exclusivamente al matrimonio. Todos los derechos legítimos, tanto los privados como los públicos, deben gozar y gozan ordinariamente de la protección de la ley, salvo que ésta, por razones de orden superior, les niegue en algún caso protección (1). Por consiguiente, si el "favor iuris" del canon 1.014 no significara otra cosa que esto, sería innecesario que se hubiera expresamente consignado en dicho canon. Pero significa algo más.

El favor del derecho, según Coronata (2), "consiste en que la Iglesia defiende la validez del matrimonio mediante una protección *especial* del derecho y en que, una vez celebrado, lo considera *siempre* válido en tanto su invalidez no se demuestre plenamente, o sea, con argumentos que no dejen lugar a duda; pues es preferible permitir que sigan algunos unidos contra los testimonios de los hombres (3), que separar contra la ley de Dios a los que están legítimamente unidos. Por consiguiente, el favor del derecho fué introducido para proteger la indisolubilidad del matrimonio." En términos parecidos se expresan otros autores (4), de la doctrina de los cuales se deduce que consideran el "favor iuris" no como una protección general del derecho, sino como una protección o ayuda especial, mayor que la que presta a otras instituciones o derechos individuales, encaminada a sostener el vínculo matrimonial. Los autores, al referirse al "favor iuris"

(1) Can. 1.667.

(2) *De Sacramentis,* vol. III (Turín, 1945), n. 23.

(3) *"Contra statuta hominum"*, dice Inocencio III en el cap. 47, X (2-20); frase que interpreta Wernz-Vidal, diciendo *"Statuta hominum sunt hominum testimonia firmitate necessaria destituta ad concludendum matrimonium iam contractum esse irritum" (Ius canonicum,* tom. V (Roma, 1928), n. 44).

(4) Cappello, *Tractatus canonico-moralis de Sacramentis*, vol. III, *De matrimonio,* n. 51 y siguientes; el mismo, *Quaestiones peculiares de re matrimoniali,* en "Ius Pontificium" (1940), pág. 27; Blat, *Comm. Textus Cod. Iuris Can.*, lib. III, *De rebus,* p. I, *De Sacramentis* (Roma, 1924), n. 404; etc.

lo consideran comúnmente en relación con el canon 1.014, el cual no se limita a consignar el principio general del favor, sino que deduce también la consecuencia inmediata que ya hemos anotado; y por eso hacen girar el "favor iuris" en torno solamente a la indisolubilidad. Lo mismo solían hacer los que escribieron antes del Código, porque esa consecuencia es la de más relieve entre todas; pero eso no quiere decir que unos u otros restrinjan la protección a los casos en que puede ponerse en peligro la indisolubilidad. Aceptando, pues, lo que de positivo tienen las definiciones que suelen darse del "favor iuris" y dejando para un estudio ulterior lo que tienen de exclusivo, diríamos nosotros que consiste en *la tendencia o propensión general del derecho a proteger de un modo especial y preferente la institución matrimonial, con el fin de asegurar su vida normal*. Vamos a explicar la definición:

a) Al decir que el "favor iuris" consiste en "una tendencia o propensión general del derecho", queremos dar a entender que el favor no limita su actuación al efecto que se le asigna en la segunda parte del canon 1.014. Es algo más trascendente que deja sentir su influjo a través de todo el derecho matrimonial—escrito, tradicional o consuetudinario—y a través de la jurisprudencia y de la casuística. Más bien que una norma positiva del derecho material o formal, es una *tendencia* que está recogida y plasmada en un canon del Código, como norma interpretativa—y a veces constitutiva—de hechos y situaciones jurídicas y de otras normas positivas, en tanto la materia lo permita.

b) Decimos que es una tendencia general "del derecho", porque el "favor iuris", de suyo, debe dominar y estar por encima de todo derecho positivo humano—canónico o secular—, informando las normas objetivas de éste y sirviendo de norte y pauta a los llamados a realizar el derecho humano. Esto, sin embargo, no quiere decir que no haya favores del derecho, que son algo muy concreto y delimitado y proceden única y exclusivamente de la voluntad del legislador, que quiso crear normas concretas para que en ellas se realizase, por lo menos *in actu primo proximo,* el "favor iuris", que es la *ratio legis* que las vivifica. No es, por lo tanto, el "favor iuris" una presunción más, aunque frecuentemente se le confunda con ella, según expondremos en su lugar.

c) Al afirmar que el "favor iuris" protege de un modo "especial y preferente" la institución matrimonial, pretendemos indicar que, por encima de la protección normal que todo derecho merece ante la ley—el cierto como cierto, y el dudoso como dudoso—, la protección que el derecho otorga al matrimonio tiende a considerar como ciertos los derechos

del matrimonio que son dudosos y a hacer prevalecer estos derechos, aunque no se hallen plenamente probados, frente a otros derechos de menor entidad, aunque tal vez éstos tengan a su favor pruebas más sólidas, pero que no sean plenamente convincentes.

d) El "favor iuris" protege "la institución matrimonial", en sí considerada y con independencia de las personas y de los derechos intersubjetivos, aun matrimoniales, de los que viven en la situación institucional creada por el contrato. Bajo el nombre de "institución matrimonial" queremos comprender no sólo lo que pertenece a la esencia de ella, o sea el vínculo, sino también el conjunto de aquellos derechos u obligaciones que afectan a su integridad, esto es, la convivencia de los consortes bajo el mismo techo con todo lo que lleva anejo el matrimonio, como sociedad permanente.

e) Hemos dicho que la protección del derecho recae sobre la institución matrimonial "con el fin de asegurar su vida normal". Esto ya queda, en parte, explicado con lo que acabamos de decir. La vida del matrimonio está asegurada, mientras subsista el vínculo, que es absolutamente necesario y de esencia del matrimonio; pero la vida del matrimonio no es "normal" si no pueden cumplirse normalmente, no sólo el fin primario del matrimonio, sino también los fines secundarios, los cuales, si bien no pertenecen a la esencia, no dejan de ser intramatrimoniales (5). Pero todo esto no quiere decir que el "favor iuris", por el hecho de recaer sobre la institución, haya de aplicarse también a todas aquellas normas del ordenamiento canónico que integran el derecho matrimonial. Sólo se aplica a las que tienen por fin, según hemos dicho, asegurar su perduración y su pervivencia: su vida normal.

Explicada sumariamente la definición que hemos formulado—con el fin de que pueda servir de orientación—, pasamos a desarrollar con alguna mayor amplitud algunos de sus conceptos.

2.° EL "FAVOR IURIS", LAS PRESUNCIONES Y LOS FAVORES DEL DERECHO.

Definido el "favor iuris" en la forma que nosotros lo concebimos, salta a la vista que no es una mera presunción de validez del matrimonio en los casos dudosos, aunque suele vulgarmente llamársele presunción, según atestigua VERMEERSCH (6). Da lugar a presunciones, alguna de ellas de ca-

(5) Sentencia de la Rota Romana, 22 enero 1944, A. A. S., XXXVI, págs. 184-193.
(6) VERMEERSCH, en "Periodica" (1935), pág. 103*.

pital importancia, cual es la contenida en el canon 1.014; pero éstas son efectos del favor y no se identifican con él. La presunción se halla definida en el canon 1.825 y se ordena a la prueba, o mejor dicho, releva de la carga de la prueba; pero sólo cuando la materia presumida se hace objeto de litigio. Así es como ordinariamente se la considera. KELLER (7), no obstante, sostiene que el efecto primario de la ley presumente—y pone como ejemplo la del canon 1.014—consiste en la prescripción de que la cosa presumida se tenga por cierta, no por el juez, en tanto no se lleve la cuestión a su tribunal, sino por los sujetos inmediatos de la cosa presumida y por todos los demás, a los cuales se manda que observen interinamente todos los efectos que corresponden a algún acto jurídico válido. Ya sea la presunción una prueba legal, ya sea algo semejante, lo cierto es que tiene siempre como base de ella una cosa incierta que interinamente se acepta como verdadera y válida. El favor, por el contrario, es una disposición del derecho que, de suyo, no tiene siempre por objeto resolver una duda especulativa (8) o especulativo-práctica. El favor del derecho, como tendencia y propensión, se traduce y cristaliza en los *favores iuris* (en plural), a los cuales hace alusión explícita el actual Papa, Pío XII (9); favores que unas veces son meras presunciones y otras son más que presunciones, esto es, normas sustantivas que no tienen relación alguna con casos dudosos ni se ordenan a probar algo o a relevar de la carga de la prueba.

1) Mero *favor*, y no presunción, es, por ejemplo, el instituto del defensor del vínculo matrimonial; figura jurídica que muy bien puede considerarse como desglosada del ministerio fiscal, con la misión de defender el vínculo en todas las causas matrimoniales de nulidad. La misión de defender el bien público, siempre que se halle en peligro, corresponde al fiscal (10); y éste tendría, por razón de su oficio, la obligación de defender el vínculo, con cuya ruptura ilegítima padecería siempre detrimento el bien público. Y, sin embargo, el derecho ha querido dotar a la institución matrimonial de un defensor especial, no sólo para los casos en que el mismo bien público exija que otro, el fiscal, acuse el matrimonio, sino para todas las causas matrimoniales de nulidad o de inconsumación; y esto sin excepción alguna, aunque la nulidad sea patente. Al defensor del vínculo se le da un trato de favor y se le conceden en el cumplimiento de su oficio derechos y prerrogativas, que salen fuera de la órbita de los concedidos en el ordenamiento procesal eclesiástico a las partes, a los abogados y al mismo

(7) KELLER, *De usu praesumptionum in iure canonico*, en "Periodica" (1934), pág. 14*.
(8) VERMEERSCH, l. cit., pág. 104*.
(9) *Alocución a la Rota*, 1 octubre 1942; A. A. S., XXXIV, pág. 339.
(10) Can. 1.586.

fiscal. Para cerciorarse de esto basta leer, entre otros muchos, los cánones 1.968 y 1.969 y los artículos 15, 70, 71 y 72 de la Instrucción de 1936. Al defensor del vínculo se le impone, por otra parte, una obligación verdaderamente singular: la de apelar, cuando la sentencia sea declaratoria de la nulidad, aunque él se halle plena y absolutamente convencido, con toda evidencia, de la justicia del fallo dictado en el procedimiento ordinario (11); y la apelación, si bien tiene obligación de entablarla dentro del plazo legal, puede, no obstante, y debe hacerla aunque haya transcurrido el plazo que para otros sería fatal. Finalmente, al juez se le impone asimismo la obligación de compeler al defensor, caso de que él espontáneamente no lo haga, a apelar contra la sentencia de nulidad que aquél hubiere dictado.

Toda sentencia válida y no apelada dentro del plazo legal se convierte automáticamente en sentencia firme y es ejecutoria. Esta norma, que es general en todas las causas y tiene también aplicación en las sentencias matrimoniales favorables al vínculo, falla cuando por ellas se declara la nulidad. Para que una declaración de nulidad sea firme, se requieren dos sentencias conformes (12).

Finalmente, creemos que es el "favor iuris" el que ha dictado la norma del canon 1.971, § 1, 1.°, que restringe el derecho de los cónyuges a acusar su matrimonio, cuando ellos hayan sido causa dolosa y directa (13) de la nulidad. Aunque la prohibición de acusar el matrimonio en esos casos pudiera considerarse como una penalidad establecida contra los cónyuges culpables, nos parece, sin embargo, que más bien que una pena, es una simple restricción de derechos, establecida con el fin de impedir, en obsequio al vínculo y al bien público, la multiplicación de las causas matrimoniales de nulidad (14). Los ejemplos alegados son casos de favor al matrimonio y ellos demuestran bien a las claras que hay favores que no son presunciones.

2) Mas hay también *presunciones* legales que contienen verdadero favor a la institución matrimonial. Cítanse, entre otras, además de la presunción general contenida en la segunda parte del canon 1.014, las que establecen los cánones 1.015, § 2; 1.070, § 2; 1.082, § 2; 1.086, § 1; 1.093 y 1.129, § 1.

(11) Can. 1.986.

(12) No es favor especial del derecho el que las sentencias matrimoniales jamás pasen a ser cosa juzgada, conforme a los cánones 1.903 y 1.989, pues esto tiene aplicación tanto si la sentencia es de nulidad como si es favorable al vínculo.

(13) Inst. de 1936, art. 37, § 1; C. P. Int., 27 julio 1942, A. A. S., XXXIV, 241.

(14) VERMEERSCH-CREUSEN, *Epitome Iuris Canonici*, vol. III (Roma, 1946), n. 286, d). Puede verse acerca de la multiplicación de las causas de nulidad lo que dice RERUM SCRIPTOR en "Apollinaris", *Incipit lamentatio vinculi* (1939), págs. 348-389. No compartimos todo lo que dice el

Establece el canon 1.015, § 2, que si los cónyuges han cohabitado después de haber celebrado el matrimonio, se presume que lo han consumado, mientras no se demuestre lo contrario. Esta presunción se funda, según KELLER (15), en la dificultad de probar la consumación, en la necesidad de probarla y en el "favor iuris". Que dicha presunción constituye un favor del derecho a la institución matrimonial, parece que no puede dudarse. Favorece la permanencia del vínculo; pues, una vez consumado el matrimonio de los cristianos, ya no hay potestad humana que pueda disolverlo (16).

El canon 1.070 amplió notablemente el favor del derecho a ciertos casos a donde antes del Código no llegaba, al ampliar la presunción de validez del mismo a los casos de bautismo dudoso. No puede ponerse en duda que la jurisprudencia repetida de las Sagradas Congregaciones antes del Código, especialmente de la Sagrada Congregación de la Inquisición, había sentado el siguiente principio: "El bautismo dudoso, con duda de hecho o derecho, se ha de considerar bautismo válido en orden a determinar la validez del matrimonio que va a contraerse o se ha contraído ya." De donde resultaba que la validez presumida de un bautismo dudoso hacía en muchos casos que hubiera de presumirse también válido el matrimonio contraído, v. gr., cuando uno de los cónyuges estuviera ciertamente bautizado y fuera dudoso el bautismo del otro; pero otras veces engendraba, por el contrario, presunción de nulidad en el matrimonio, cuando, siendo dudoso el bautismo de uno de ellos, constaba con certeza que el otro no estaba bautizado; pues en estos casos, al presumirse válido el bautismo dudoso de uno, había que presumir la existencia del impedimento dirimente de disparidad de cultos, de donde resultaba la presunción de la nulidad del matrimonio. La aplicación de dicho principio daba lugar a anomalías y dificultades verdaderamente insuperables, que los canonistas intentaban resolver, sin conseguirlo en muchos casos (17), y de ahí resultaba, asimismo, que el principio que hoy ha recogido el canon 1.014 pa-

---

escritor anónimo; pero sí nos parece muy justa la preocupación por el aumento mayor de día en día de las causas de nulidad. Puede verse también la réplica de ROBERTI en la misma revista: *De validiore vinculi defensione comparanda* (1940), pág. 55. Dice "que sería de desear que se declare auténticamente que los matrimonios nulos, por miedo o por error, o por consentimiento simulado, pero celebrados en debida forma, purgado el miedo o descubierto el error, quedan revalidados mediante una declaración explícita o sencillamente por la cohabitación consciente y libre durante cierto tiempo". Por nuestra parte, creemos poder afirmar que hace ya algunos años se tuvo en estudio y preparación un decreto en tal sentido, con el cual se revalidarían matrimonios y se evitaría el planteamiento de no pocas causas de nulidad. Sería muy oportuna tal innovación de la legislación eclesiástica.

(15) L. cit., pág. 29*.

(16) Can. 1.118.

(17) Puede leerse acerca de esta materia lo que con mano maestra, como siempre, escribió el P. WERNZ en su obra *Ius Decretalium*, tom. IV, p. II (Roma, 1912), nn. 507 y 508, not. 28-32.

decía una excepción que frecuentemente se realizaba en países de infieles o de herejes, en donde no es raro se presenten casos de bautismos dudosamente válidos. Mas hoy han desaparecido en gran parte las dificultades —teóricas y prácticas—de la legislación antigua en virtud de la norma contenida en el canon 1.070, § 2, según la cual hay que aplicar plenamente en los casos dudosos de impedimento de disparidad de cultos, y, por lo tanto, de duda acerca de la validez del matrimonio subsiguiente, el principio del "favor iuris" establecido en el canon 1.014. Al ganar universalidad este principio, ha salido ganando también la técnica canonística, susceptible, como es natural, de perfección, lo mismo que todas las obras de los hombres.

Si nos fijamos solamente en la letra del canon 1.082, § 2, se echa de ver que en él no se establece una presunción de conocimiento de lo que es el matrimonio, sino que se niega la presunción de ignorancia después de la pubertad. Esto es lo que dice explícitamente el canon, poniendo algo así como sordina (valga la expresión) a lo que quiere decir. Pero, a nuestro juicio, viene a ser lo mismo: si la ignorancia no se presume después de la pubertad, hay que probarla en el caso de que se alegue ocntra la validez del consentimiento, y, por ende, contra la validez del matrimonio; y si hay que probarla, hay que presumir que no la ha habido, y, por consiguiente, que el matrimonio ha sido válido, conforme al canon 1.014, en tanto no se demuestre lo contrario.

Las presunciones contenidas en el canon 1.086, § 1 (existencia del consentimiento interno), pueden también considerarse como favor del derecho, pero sólo hasta cierto punto y muy restringidamente; pues no sólo en materia matrimonial, sino en cualquier acto o negocio jurídico ha de presumirse siempre que la voluntad interna está conforme con lo que exteriormente se manifiesta. Si esto no se admite, *actum est* de la vida social y de toda clase de relaciones jurídicas entre los hombres. Otro tanto puede decirse del canon 1.093, que establece la presunción de perseverancia del consentimiento; para que no se presuma la perseverancia, sería necesario crear la presunción contraria.

Finalmente, el canon 1.129, § 2, al establecer la presunción de condonación del adulterio, remueve jurídicamente la causa por la que puede hacerse la separación perpetua entre los cónyuges. El adulterio no afecta en manera alguna a la disolución del vínculo, pero sí a la vida normal de la institución matrimonial, a su integridad, según ya hemos apuntado más arriba y luego hemos de tratar más por extenso. Dicha presunción constituye, pues, un favor del derecho.

No hemos pretendido hacer una enumeración exhaustiva de los favores concretos y definidos que se hallan en los cánones del Código como efectos y concreciones del "favor iuris" a que se refiere el canon 1.014. Los ejemplos alegados bastan para demostrar dos cosas: que el canon 1.014 expresa la propensión y tendencia general del derecho en materia matrimonial y que esa tendencia ha hallado vida y expresión concreta en otras normas del ordenamiento canónico.

3.° Objeto del "favor iuris".

Hemos dicho ya que el "favor iuris" protege directamente la institución matrimonial, no los derechos intersubjetivos que dimanan para los cónyuges del contrato matrimonial realizado. Exígese, pues, para que pueda actuar el "favor iuris" en un caso concreto, que se haya realizado el contrato matrimonial, válido o, por lo menos, que tenga figura, color o apariencia de matrimonio, aunque de hecho sea dudoso en cuanto a su validez. En una palabra, se requiere que el hecho de la celebración sea cierto, esto es, que exista al menos una apariencia de *situación institucional* (18).

El hecho de la celebración del matrimonio debe constar con certeza para que puedan aplicársele los favores y las presunciones favorables que el derecho establece. Antes de celebrarse aquél puede hablarse de derechos individuales de los futuros contrayentes a realizar su unión, o sea, a crear

(18) Llamamos "situación institucional" al matrimonio *in facto esse*, al estado, con todo su conjunto de derechos y obligaciones, que se crea en virtud del contrato matrimonial, porque esta terminología nos parece buena y perfecta. Pero ello no significa que reprobemos el que al estado de matrimonio se le denomine también "situación contractual", siempre que esta forma de expresión se entienda como debe entenderse. Si el matrimonio *in fieri* es un verdadero contrato—lo cual no puede ponerse en duda, ya que los textos legales son sobradamente claros—, a la situación que de ahí resulta puede también llamársela "situación contractual" en cuanto que es originada por un contrato. Pero así como el contrato matrimonial es un contrato *sui generis*, con características propias que sólo a él, y a ninguno más, le convienen, así también la situación contractual subsiguiente tiene sus características peculiares, que dimanan del derecho natural y divino y están sustraídas a la libre voluntad de los cónyuges. Con todo y a pesar de que el derecho natural toma parte principal en la situación creada por el contrato, ello no es obstáculo para que, sin tocar a lo que es substancial en la institución, puedan el marido y la mujer, unidos ya en matrimonio, realizar por mutuo acuerdo pactos, aun en ciertas materias, o sea en el ejercicio de ciertos derechos y obligaciones que salen de la entraña misma de la institución, verbigracia: la mutua ayuda que se deben los cónyuges, el uso del matrimonio, la separación por breve tiempo con causa justa, etc. Los conceptos civilísticos de "situación contractual" no pueden trasladarse íntegramente al ordenamiento canónico, lo mismo que no pueden aceptarse en toda su integridad para el contrato matrimonial los principios que regulan la realización y disolución de todos los demás contratos. "La Iglesia—dice Pío XII—(alocución a la Rota, 2 octubre 1944; A. A. S., XXXVI, 289) tiene la nota propia y singular de su índole y carácter divino... Por lo cual no se puede tener como opinión, sino como juicio erróneo, lo que muchos sostienen, a saber, que tanto más habrá de llegar a su perfección el ejercicio de la acción judicial eclesiástica cuanto mejor, dentro de lo posible, se acomode al orden judicial civil." Palabras que con la misma razón podemos aplicar al punto de que tratamos. Por todo ello, creemos que al matrimonio *in facto esse* se le puede denominar también "situación contractual" dentro de la más pura ortodoxia canónica, pero con las salvedades a que hemos hecho referencia.

por medio de su consentimiento legítimamente manifestado una situación institucional, *esta* situación, que no pasa de ser un proyecto y que, mientras no se realice, no tiene entidad alguna, ni aun en la apariencia, ni puede ser ella sujeto de derechos ni de favor. Ahora bien: el "favor iuris" protege por razón de bien público, no los derechos matrimoniales—presentes o futuros—de los individuos, sino los de la institución matrimonial misma, en sí considerada, y mediante ella los de cada una de las situaciones matrimoniales, reales o aparentes, que se han creado. Debe, pues, hallarse por lo menos en posesión el matrimonio, el *hecho* de su celebración, para que pueda hablarse de favor del derecho. ¿Cuándo puede decirse que el matrimonio tiene apariencia de tal? No entramos a discutir esta cuestión, que nos apartaría mucho de lo que es objeto de este trabajo. A nuestro juicio, el acto tiene apariencia de matrimonio, cuando se ha celebrado en la forma legítima prescrita por el legislador competente, aunque dicho acto resulte nulo por algún defecto oculto de la misma forma (v. gr., por falta de delegación), por impedimento dirimente o por vicio en el consentimiento. Tratándose de matrimonios cuya celebración no puede probarse, tiene también aplicación algunas veces el principio del canon 1.014, cuando el matrimonio, de cuya celebración hay dudas, puede ostentar la posesión a su favor; pues "han de respetarse los derechos de la posesión, mientras no conste con toda certeza lo contrario" (19). Se verifica este caso cuando los cónyuges están de buena fe, creyendo que la unión en que se hallan es marital y legítima y los demás fieles no experimentan escándalo de dicha union por juzgarla verdaderamente marital.

Pudiera, no obstante, ser objeto de un examen más detenido si hay algún caso en que el "favor iuris", entendido en el sentido amplio que hemos expuesto, protege solamente el matrimonio que ya se ha realizado o por lo menos está en posesión, o abarca también el matrimonio futuro o que va a realizarse.

El § 2 del canon 1.068 contiene una norma, en la cual ve JEMOLO (20) una aplicación del principio general contenido en el canon 1.014. Al establecer aquel canon que en caso de duda acerca de la impotencia no puede impedirse el matrimonio, parece ciertamente como si el Código intentara favorecer la creación de una situación matrimonial más, inclinando la balanza a favor de ella. No compartimos, sin embargo, la opinión de este esclarecido autor; antes bien, creemos que la razón principal, y tal vez

(19) Inst. de la S. C. del S. Of. de 18 de diciembre de 1872 a los Vicarios apostólicos de la Oceanía central, cuyo texto puede verse en CAPPELLO, ob. cit., vol. III, n. 52, y en CASPARRI, *Tractatus canonicus de matrimonio*, vol. I (Roma, 1932), n. 19.

(20) *Il matrimonio nel diritto canonico* (Milán, 1941), pág. 104.

única, en la cual se ha inspirado el legislador al adoptar dicha norma es otra, a la cual el mismo JEMOLO hace alusión: el principio general, en virtud del cual no se puede privar a nadie del ejercicio de un derecho legítimo. El matrimonio es *de genere permissorum*, según establece el canon 1.035: está por ley natural permitido a todos y éste es un derecho individual y subjetivo, de cuyo uso no puede privarse a nadie, en tanto no conste que carece de él. Añádase a esto que la Iglesia, atenta no solamente a salvaguardar el bien público, el orden social, sino también la salvación individual de todos y cada uno de sus miembros, no puede poner cortapisas, sin un fundamento cierto, en materia que tanto afecta a la guarda de la castidad en aquellos individuos que no se crean con vocación al celibato. Finalmente, ha de tenerse en cuenta que el impedimento de impotencia absoluta es impedimento absoluto, que inhabilita para el matrimonio con cualquier persona; y que *en la práctica* otro tanto ha de decirse del de impotencia relativa, ya que éste, de regla general, sólo puede conocerse por medios lícitos después de haber celebrado el matrimonio e intentado hacer uso de él. Y condenar a una persona a permanecer célibe por toda la vida, a causa de un hecho o circunstancia dudosa que no ha dependido de su voluntad, esto no lo hace la Iglesia, ni creemos que pudiera hacerlo. Por todo ello somos de opinión que la regla del canon 1.068, § 2, no es una regla protectora de la *institución* matrimonial, sino de los derechos *individuales* de las partes interesadas. No creemos, por tanto, que éste sea un caso del "favor iuris" al matrimonio.

Lo mismo ha de decirse de las normas contenidas en los cánones 1.019 a 1.034, las cuales tienden más bien a prevenir la celebración de matrimonios dudosamente válidos que a evitar la disolución de los celebrados. Haríamos, sin embargo, una excepción con una que no se halla expresa en el texto de los cánones, pero sí en la jurisprudencia. Tal es la que se halla contenida en la resolución de la Sagrada Congregación de Sacramentos de 2 de julio de 1917 (21), en la cual se hace alusión a la práctica de dicha Sagrada Congregación. Sabido es cómo la Iglesia detesta y ha condenado siempre el matrimonio civil entre personas que están sujetas a la forma canónica. Pues bien: a pesar de la repugnancia de la Iglesia, ésta, por regla general, no admite al matrimonio canónico a las viudas que, para no perder la pensión del Estado que tal vez perciben, pretenden abstenerse de celebrar el llamado matrimonio civil. La Iglesia ha dictado esta regla, que es, evidentemente, protectora de la institución matrimonial, aunque a primera vista parezca abdicar, en este caso concreto, de su práctica constante

(21) REGATILLO, *Cuestiones canónicas*, vol. II (Santander, 1928), nn. 463-464.

de sustraer a la intervención del Estado lo que indudablemente es de competencia exclusiva de ella. Con esa regla, de verdadera excepción, se propone la Iglesia asegurar más la permanencia del vínculo e impedir la disolución de él o la separación de los esposos. Es, a nuestro juicio, una regla de protección especial y excepcional de la institución y, por lo mismo, un "favor iuris".

4.° Origen y ámbito del "favor iuris".

Considerado como tendencia o precepto *genérico,* el "favor iuris" es de derecho natural y divino, por lo cual alcanza no solamente a los matrimonios ratos—de los cristianos—, sino también a los legítimos—de los infieles—, salvo el privilegio de la fe de que habla el canon 1.127. Los favores *especiales* contenidos en diversos cánones del Código son, como es obvio, de derecho positivo humano, aunque se hallen fundados en el derecho natural.

1) Que el precepto contenido en el canon 1.014 sea de derecho natural, creemos que razonablemente no puede ponerse en duda. La institución matrimonial es, como todos reconocen, una institución social, con un fin eminentemente social y de bien público, creada por el Autor de la naturaleza para atender a la propagación de la especie de una manera conveniente a la naturaleza racional del hombre. La familia, o sea el matrimonio *in facto esse,* es el fundamento y célula primordial de la sociedad eclesiástica y de la civil, pues en ella no sólo se reproducen y mutiplican, sino que se forman también integralmente los ciudadanos de la Iglesia y del Estado; y para esa formación, física, civil, cultural y religiosa, es absolutamente imprescindible que la sociedad doméstica sea estable. Por eso todo lo que quebranta o pone en peligro de quebranto a la familia, redunda en detrimento del orden público (22) y del interés social; y el orden o bien público

(22) No están concordes los canonistas en el concepto de "orden público", ni en realidad está elaborado este concepto en el derecho canónico, pues el Código solamente lo menciona expresamente una vez: en el canon 14, § 1, n. 2. Suelen los autores decir que son leyes que afectan al orden público aquellas de cuya violación se originaría escándalo, las que determinan lo justo, las que se refieren al ejercicio de la jurisdicción eclesiástica, al comercio o al uso de armas, las leyes penales, las de policía que se dan directamente para mantener el orden exterior, etc. Puede verse, entre otros autores, a Blat *(Comm. Textus Cod. I. Can.,* lib. I, n. 71, 2.°), Coronata *(Inst. I. Can.,* vol. I, n. 15), Vermeersch *(Epitome I. Can.,* vol. I, n. 83, 3), Maroto *(Inst. I. Can.,* tom. I, n. 21), Cabreros *(Código de Derecho Canónico,* not. al can. 14), Wernz-Vidal (ob. cit., tom. I, n. 156).

A elaborar el concepto de orden público en derecho canónico ha prestado una contribución muy digna de encomio René Le Picard en su magnífica obra *La communauté de la vie conjugale, obligatión des époux,* apéndice (París, 1930), y en *Dictionnaire de droit canonique,* tom. II (París, 1937), palabra "*Bien public et bien privé*". Según este autor, son leyes de orden público aquellas que de una manera directa se refieren al interés social y cuya violación llevaría aparejado, siempre y necesariamente, por su naturaleza misma, un quebranto del bien público;

y el interés social exige el derecho natural que sean especialmente protegidos por la ley, ya sea con favores especiales, ya sea mediante presunciones favorables que contrarresten el peligro.

"El principio del canon 1.014—dice CAPPELLO (23)—vale no sólo para el matrimonio, sino también, con la debida proporción, para cualquier contrato o negocio jurídico. Pero hay gran diferencia; pues tratándose de otros negocios, no urge siempre una ley de orden superior, pero sí en el matrimonio, cuya indisolubilidad es de derecho divino. Por lo cual dicho principio no es una cierta presunción de derecho positivo, sino una norma constante y firme del derecho divino. Como la indisolubilidad del matrimonio no depende de la voluntad de la Iglesia, es evidente que ésta no puede prescindir de dicha norma; pues de lo contrario se expondría a quebrantar una propiedad esencial del matrimonio. En realidad, el matrimonio que es subjetivamente dudoso, es objetivamente válido o inválido. Por consiguiente, si la Iglesia, en la duda, considerara nulo, y no válido, el matrimonio, obraría imprudente y temerariamente. La Iglesia debe obrar en tal forma que, en lo que de ella dependa, prevenga en absoluto el peligro de que de su manera de obrar sufra algún quebranto la indisolubilidad. No puede la Iglesia, ni aun con causa justa y grave, apartarse de dicha norma." Suscribimos plenamente lo que dice CAPPELLO; pero, a nuestro juicio, la razón del "favor iuris", prescindiendo de la presunción que se establece en el canon 1.014 para los casos de duda, y considerado el favor desde otro punto de vista más amplio, hay que buscarla en la razón de bien público y de interés social, el cual está protegido por el derecho natural y divino, como lo está la vida de la sociedad, eclesiástica o civil.

Vamos a salir al paso a una dificultad que puede presentarse: si el bien público es, en último término, la razón por la cual el derecho protege de una manera especial el matrimonio, puede ocurrir también que el mismo bien público exija que se le acuse para que sea declarado nulo, como nos dice la Instrucción de 1936 (24). En este caso, ¿cesa el favor del derecho? Ni aun entonces cesa ese favor. En ese supuesto nos encontramos con dos imperativos del bien público: uno que nace de circunstancias especiales en que se halla un matrimonio que es tenido públicamente por inválido, y de cuya permanencia se sigue escándalo para los fieles, y otro que procede

las leyes cuya violación, no por razón de su naturaleza, sino en atención a las circunstancias del caso implican detrimento del bien de la sociedad, son leyes que afectan al bien público. Nosotros, al tratar de las leyes que protegen al matrimonio, las denominamos indistintamente de orden público o de bien público, prefiriendo, no obstante, hoy por hoy, la segunda expresión, que es la que usual y corrientemente emplea el Código.

(23) CAPPELLO, *Quaestiones speciales de re matrimoniali*, en "Ius Pontificium" (1940), pág. 27.

(24) Arts. 38 y 39.

directamente y de una manera necesaria, con independencia de cualesquiera circunstancias, del hecho mismo de la disolución de un matrimonio que tenga por lo menos apariencia de tal. De estos dos imperativos es más fuerte el segundo, porque tiene carácter de más generalidad; y, por lo tanto, aun exigiendo el bien público que se le acuse, el mismo bien público reclama que se le proteja y se le defienda, en tanto no se pruebe y conste con toda certeza que ha sido inválido, certeza que jurídicamente sólo puede tenerse cuando haya recaído sentencia firme de nulidad. Pronunciada esa sentencia, el matrimonio ha de considerarse ya como inexistente, cesando, en consecuencia, el "favor iuris" de que había disfrutado hasta entonces (25).

2) El "favor iuris" abarca la vida "normal" de *todas* las situaciones matrimoniales—indisolubilidad y cohabitación—, pero cede ante el privilegio de la fe, que goza de favor preferente.

a) Si interesa al bien público y el derecho natural reclama que no se disuelva ningún matrimonio que esté en la posesión, es evidente que esto debe aplicarse "a cualquier matrimonio, aun al de los infieles, tanto en el fuero externo como en el interno" (26); pues los matrimonios de los infieles están sometidos al imperio de la ley natural, son indisolubles—si bien no en el mismo grado que los ratos y consumados—, son el fundamento de la sociedad civil—que es de derecho natural—, y su disolución implica quebranto del bien público y daño social. No se exceptúa de esta regla ni aun el mismo matrimonio celebrado en virtud de un presunto miedo grave e injusto inferido a uno de los contrayentes, contra la opinión singular de SCHMALZGRUEBER (27), al cual impugnan unánimemente los canonistas (28); pues aun siendo muy relevantes y dignos de protección los derechos subjetivos del cónyuge que ha sido intimidado, no lo son tanto como los derechos del matrimonio mismo; aquéllos son de orden privado y éstos de orden público, y en caso de conflicto entre el bien público y el bien privado

---

(25) RERUM SCRIPTOR, en su artículo *Incipit lamentatio vinculi...* ("Apollinaris", loc. cit., página 352), dice que toda sentencia de nulidad infiere una herida a la institución matrimonial. A esto opone ROBERTI *(De validiore vinculi defensione comparanda,* en "Apollinaris", loc. cit., pág. 42) que no toda sentencia de nulidad infiere formalmente una herida a la firmeza del vínculo, pues si éste no existe, no padece lesión... Conviene que se declaren válidos los matrimonios que lo son, y nulos los que son nulos. Declarar válidos los matrimonios que son nulos, o viceversa, es un error; pero el primero perjudica más que el segundo.

(26) WERNZ-VIDAL, *Ius canonicum,* tom. V (Roma, 1928), n. 44.

(27) SCHMALZGRUEBER, *Ius ecclesiasticum universum,* lib. IV, tit. I, n. 401 ad 4.

(28) Véanse, entre otros, CAPPELLO, ob. cit., vol. III, n. 55; GASPARRI, ob. cit., vol. I, n. 22; WERNZ-VIDAL, ob. y lugar cit.

de la parte intimidada, la potestad pública, el derecho, debe tutelar aquél antes que éste. Lo mismo hemos de decir de todos aquellos matrimonios que se celebran contra la voluntad de la Iglesia, pero válidamente (29).

b) No necesitamos decir que el "favor iuris" protege primaria y principalmente la indisolubilidad, que es propiedad esencial del matrimonio. El ámbito del favor abarca también la comunidad de vida conyugal, a la cual se opone la separación. De este punto trataremos abajo más por extenso.

c) Sin embargo, el "favor iuris" cede ante el privilegio de la fe, según dice el canon 1.127, cuando la duda puede aprovechar para la conversión de uno de los cónyuges e instauración de un nuevo hogar cristiano. La razón es evidente: más interesa al bien público el que se agreguen nuevos miembros a la Iglesia por medio del bautismo y se constituyan familias cristianas, que no el que se sostenga inexorablemente, en caso de duda, la indisolubilidad del matrimonio pagano y la familia pagana. Por eso, cuando la duda puede facilitar la conversión, ha de interpretarse en el sentido que más la favorezca; y esto no sólo en el uso del privilegio Paulino, sino también en todos aquellos casos a que se refiere el canon 1.125, algunos de los cuales caen fuera de dicho privilegio. El matrimonio anterior celebrado en la infidelidad no goza en esos casos del favor del derecho y pasa a disfrutar de él el segundo matrimonio celebrado después de la conversión, cuando hay duda prudente acerca de la validez de uno u otro, o acerca de la existencia de causa, o acerca del cumplimiento de los requisitos necesarios para la disolución del primero (30). Con todo, si la duda versa acerca de si el primer matrimonio es *rato* y *consumado*, v. gr., cuando se duda si *ambos* contrayentes están válidamente bautizados, en ese caso goza dicho primer matrimonio del favor del derecho; pues proceder con otro criterio expondría al peligro de atentar contra la indisolubilidad de un matrimonio que no puede ser disuelto por ninguna potestad humana ni en virtud de ningún privilegio (31).

---

(29) SCAVO LOMBARDO se pregunta (en "Il diritto ecclesiastico", 1948, pág. 98) por qué el instituto del divorcio está en pugna con el bien público, aun cuando la disolución del vínculo se refiera a un matrimonio puramente civil, al cual la Iglesia no le reconoce valor alguno, y responde: "El divorcio es un daño y un peligro para la familia y, por consiguiente, para la sociedad, de la cual aquélla es la base y el fundamento. Toda escisura que se produce en la institución familiar repercute necesariamente sobre el Estado; si se rompe la unidad del matrimonio, resulta también herida siempre la convivencia civil.".

(30) CAPPELLO, ob. cit., n. 788; GASPARRI, ob. cit., vol. II, 1.168; WERNZ-VIDAL, ob. cit., n. 611, III.

(31) S. C. del S. Of., 10 junio 1937; HÜRT, en "Periodica" (1937), págs. 472-475; SARTORI, *Enchiridion canonicum*, can. 1.127.

5.° EL "FAVOR IURIS", NORMA DE INTERPRETACIÓN.

¿Cómo han de interpretarse las leyes que contienen favores al matrimonio? Una ley no se dice favorable, atendiendo sólo a la naturaleza de la misma; pues toda ley es, bajo un cierto aspecto, favorable, y bajo otro, odiosa: favorable, porque toda ley favorece al bien común; odiosa, porque siempre restringe la libertad de alguien, ya que impone una determinada manera de obrar. Prescindiendo de este aspecto, que es común a toda ley, se consideran favorables todas aquellas leyes que conceden mero beneficio, sin gravamen de nadie ni del derecho. Mas si, al mismo tiempo que benefician a alguien, perjudican a otros, ha de atenderse a la mente del legislador para conocer si son leyes favorables u odiosas: cuando el fin principal que el legislador se ha propuesto es conceder a alguien, o a alguna institución, un favor, la ley es favorable, aunque también perjudique a otros; cuando, por el contrario, el aborrecimiento u odio, o el castigo, es el fin primario que ha movido al legislador a dictar la ley, ésta es ley odiosa, aunque simultáneamente beneficie a tercero (32). Las primeras han de interpretarse ampliamente, y restrictivamente las segundas, conforme a la regla 15 del Sexto: "Odia restingi et favores convenit ampliare." Todo esto, como es natural, cuando surja alguna duda acerca del ámbito o fuerza de la ley, y sólo entonces. Arriba hemos consignado ya algunos de los favores que el derecho concede al matrimonio con el fin de proteger la institución matrimonial misma y no con el de proteger los derechos subjetivos de los que se hallan ligados con el vínculo. Las normas canónicas en las que se hallan contenidos dichos favores son leyes favorables al matrimonio, aunque en algunos casos perjudiquen a los cónyuges. Han de interpretarse, pues, en caso de duda, ampliamente: tendiendo a favorecer al matrimonio en todo lo posible. Así lo exige el principio del "favor iuris" contenido en el canon 1.014.

Mas entre los favores especiales al matrimonio hemos enumerado uno que a nuestro juicio lo es, y a juicio de otros no: el del canon 1.971, § 1, 1.°, por el que se restringe el derecho de los cónyuges a acusar su matrimonio en determinadas circunstancias. ¿También este precepto del Código ha de interpretarse ampliamente? No nos atrevemos a asegurarlo, y ello por dos razones: *a)* Han de interpretarse ampliamente las leyes favorables, pero cuando consta con certeza que son favorables; y ésta no puede afirmarse indiscutiblemente que lo sea, puesto que no se sabe si el legislador se propuso favorecer al matrimonio o castigar a los cónyuges culpables de la

(32) REINSFENSTUEL, *Ius canonicum universum*, "*De regulis iuris*", cap. II, reg. 15, nn. 1-2.

nulidad del mismo. Y como por otra parte impone un gravamen, al coartar el libre ejercicio de los derechos—lo cual la hace, bajo este aspecto, de interpretación restrictiva, conforme al canon 19, y a nadie puede imponérsele un gravamen sin causa justificada—creemos que no es objeto de interpretación amplia, téngase la opinión que se tenga acerca del carácter de dicha ley. *b)* Confirma este parecer nuestro la interpretación auténtica que la Comisión Pontificia de Intérpretes del Código ha venido dando constantemente a dicha norma canónica; interpretación que siempre ha sido dada en sentido restrictivo, o sea, limitando la inhabilidad de los cónyuges para acusar y ampliando, por consiguiente, su capacidad (33).

II. EL "FAVOR IURIS" Y LA DECLARACION DE NULIDAD

Para que pueda declararse la nulidad de un matrimonio es preciso que conste con certeza que ha sido nulo; de lo contrario, no habiendo certeza acerca de ello, ha de declararse que no consta la nulidad, y en virtud del "favor iuris" ha de ser considerado como válido. Pío XII, en su alocución a la Rota de 1 de octubre de 1942 (34), definió qué grado de certeza es el que se requiere para que pueda decirse que cesa la duda y, por consiguiente, pueda declararse la nulidad. No se requiere *certeza absoluta*, o sea, de tal género que excluya toda *posibilidad* de duda acerca de la verdad del hecho y acerca de la no existencia de lo contrario. Tal certeza absoluta no es necesaria para sentenciar, ya que en muchos casos no pueden llegar a ella los hombres. No basta, por el contrario, la que infrecuentemente se llama certeza y que no pasa de ser *mera probabilidad*, mayor o menor, que no excluye toda duda razonable ni elimina todo temor prudente de errar. Esta probabilidad o *cuasicerteza* no ofrece fundamento suficiente para dar una sentencia judicial acerca de la verdad objetiva del hecho. Entre la certeza absoluta y la cuasicerteza se halla situada la *certeza moral*, que es la que se apoya en la constancia de las leyes y de los usos que rigen la vida humana y excluye toda duda fundada o prudente de lo contrario, aunque no toda posibilidad de ello. Esta certeza se requiere y basta para pronunciar sentencia, no obstante que en algún caso particular haya posibilidad de llegar, por vía directa o indirecta, a la certeza absoluta. No existiendo esta certeza moral acerca de la nulidad de un matrimonio, actúa a favor de la validez el "favor iuris".

(33) Inst. de 1936, art. 37; Com. Pont. Int., 17 julio 1933, A. A. S., XXV, 345; 27 julio 1942, A. A. S., XXXIV, 241; 4 enero 1946, A. A. S., XXXVIII, 162.
(34) A. A. S., XXXIV, 338-343.

En pura teoría, esto no ofrece dificultades de ningún género ni plantea, de suyo, problemas dignos de mención, cuando la cuestión se restringe a un solo y único matrimonio que se halla en la posesión y cuya validez ha sido llevada al fuero contencioso. Pero tal vez no pueda decirse otro tanto en la duplicidad de matrimonios. A este punto concreto vamos a restringir nuestro trabajo en este capítulo.

* * *

La consecuencia inmediata del "favor iuris", la que explícitamente deduce el Código del principio general establecido en el canon 1.014, es la que en el mismo canon se halla contenida: "En caso de duda se ha de estar por la validez del matrimonio, en tanto no se demuestre lo contrario." Pero puede ocurrir que entren en juego dos matrimonios, de tal forma que, si uno de ellos se declara válido, esta declaración implique la declaración de nulidad del otro. Cuando esto ocurra, porque ambos sean dudosamente válidos, ¿cómo actúa en ese caso el "favor iuris"? ¿Protege por igual a ambos? ¿Qué procedimiento es el que ha de seguirse? La Comisión Pontificia de Intérpretes ha publicado, a propósito de esto, la siguiente declaración (35):

An stante positivo et insolubili dubio de validitate primi matrimonii, invalidum, vi can. 1.014, declarari debeat secundum matrimonium.

Resp.—*Afirmative dummodo causa definiatur ad ordinarium tramitem iuris.*

Si, existiendo duda positiva e insoluble acerca de la validez del primer matrimonio, se ha de declarar nulo el segundo matrimonio, en virtud del canon 1.014.

Resp.—Afirmativamente, con tal que la causa se sustancie a tenor del trámite ordinario del derecho.

Como se ve, la Comisión Pontificia enfoca directamente el caso de que se haya celebrado un primer matrimonio que sea dudosamente válido, por existir probablemente algún impedimento, en sentido lato, que lo invalide; el hecho de la celebración, cierto; la validez del acto, dudosa. Posteriormente a la celebración de ese matrimonio, pero sin haberse disuelto el vínculo que dudosamente existía, se celebró un segundo matrimonio, cuya validez resulta también dudosa a causa del impedimento de ligamen que podía existir, proveniente del primer matrimonio. La Comisión ha dicho que se debe *declarar nulo* el segundo.

(35) 26 junio 1947, A. A. S. XXXIX, 374.

Por la simple lectura del texto de la Comisión Pontificia se echa de ver que en él se exigen, como condiciones previas para llegar a la declaración de nulidad, tres requisitos: que haya duda positiva; que esta duda sea insoluble; que se observe el procedimiento judicial ordinario. Verificándose estas tres condiciones, puede darse la declaración de nulidad del segundo matrimonio. Trataremos de cada uno de estos puntos.

1.° Duda positiva.

La duda es, de suyo, un estado de la inteligencia, y, por lo mismo, es algo *subjetivo*. Algunas veces. tratándose de enunciados o proposiciones, se dice que éstas son *objetivamente* dudosas, cuando la formulación de las mismas se hace en términos o en forma tan ambigua que resulta imposible conocer el verdadero sentido de la proposición. En el caso que nos ocupa, la duda a que se refiere la Comisión no es la duda objetiva; pues el matrimonio, considerado como hecho permanente, no admite ambigüedad ni duda objetiva de ningún género. No se trata de una proposición formulada, sino de si existe, o no, un hecho bien concreto y determinado: el vínculo resultante del primer matrimonio, el cual o fué válido o inválido, sin que quepa término medio.

Esta duda, subjetiva, ha de ser duda positiva. No se refiere la Comisión a la duda negativa, o sea, fundada en carencia de razones positivas suficientes para afirmar o negar con probabilidad la validez; pues es obvio que en tales casos, no sólo el matrimonio, sino cualquier acto o negocio jurídico realizado ha de considerarse válido, en tanto no se demuestre lo contrario, según el conocido aforismo: "Praesumitur recte factum quod de iure faciendum erat"; y si el primer matrimonio, en tales circunstancias, ha de reputarse válido, el segundo ha de tenerse por nulo. Trátase, pues, del caso en que la duda sea positiva, es decir, que haya positivas razones sólidas en pro de la validez y razones también positivas y sólidas en pro de la nulidad de dicho primer matrimonio, y, por consiguiente, también del segundo.

2.° Duda insoluble.

La segunda condición que ha de verificarse para que tenga aplicación la declaración de la Comisión Pontificia es que la duda sea insoluble. La insolubilidad de la duda puede revestir diversos grados: *a)* Puede ser insoluble de momento, por las circunstancias especiales del caso, pero entreviéndose no sólo la posibilidad, sino también la probabilidad de que,

desaparecidas esas circunstancias transitorias, se haga luz y desaparezca la duda. *b)* Puede ser insoluble en circunstancias normales, cuando ya se ha hecho todo lo que prudentemente podía y debía hacerse, de tal suerte que no se prevea ya *probabilidad* de llegar al estado de certeza, pero sin que conste positivamente la imposibilidad de salir, ni a la sazón ni en lo futuro, del estado de duda. *c)* Puede, finalmente, la duda ser insoluble en tal grado que conste positivamente y con certeza, moral o absoluta, la *imposibilidad* de salir jamás de ella y llegar al estado de certeza objetiva. ¿Qué clase de insolubilidad se requiere en la duda para que pueda declararse nulo el segundo matrimonio?

a) Ciertamente, no puede tomarse en consideración la primera clase de duda. Ella sola bastaría para pronunciar sentencia de que no consta la nulidad de un matrimonio, aplicando el "favor iuris", la cual no surtiría otros efectos que dejar la cuestión en el mismo estado en que se hallaba al ser planteada. Pero, tratándose de declarar positivamente la nulidad de un matrimonio, si bien ésta dependa de la validez de uno anterior, no parece que pueda darse sentencia en esas condiciones.

b) Basta la segunda clase de duda, la cual puede considerarse verdaderamente insoluble cuando ya se ha hecho todo lo que prudentemente puede y debe hacerse para salir de ella. Por otra parte, el adquirir la certeza, aunque sólo sea moral, de la *imposibilidad* de que, andando el tiempo, puedan hallarse razones nuevas en pro o en contra, es cosa a la cual no puede aspirarse, dada la limitación de nuestros conocimientos, en la generalidad de los casos.

c) De lo expuesto resulta que la tercera clase de duda no se requiere para que ésta pueda considerarse insoluble. A la convicción moral de la imposibilidad *absoluta* de salir de la duda puede llegarse en algún caso infrecuente; pero lo ordinario y lo normal es lo contrario. El juez tiene que juzgar con las pruebas y en virtud de las pruebas que *hic et nunc* se le faciliten o le sea dado recoger, en el lugar donde juzga o en otro cualquiera; pero no puede abstenerse de sentenciar por la mera *posibilidad* de que, andando el tiempo, aparezcan otras pruebas más concluyentes, que hagan inclinar la balanza en sentido contrario. Si esto se requiriera, apenas podría darse una sentencia en materia controvertida; y las sentencias matrimoniales, por mucho interés que en ellas tenga el bien público, no pueden constituir una excepción.

Ha de tenerse presente que, por el mero hecho de que ganen fuerza las razones alegadas, o se acumulen más en pro de uno de los extremos de la disyunción, aumenta, sí, la probabilidad de éste; pero ello no siempre

significa que paralelamente pierdan fuerza las razones alegadas en pro del aserto contrario. Para esto no basta que las razones tengan una *finalidad* diametralmente opuesta—la demostración de la validez o de la nulidad—, sino que es preciso que, en sí mismas consideradas, se opongan unas a otras en tal forma que mutuamente se excluyan. Síguese de aquí que la duda permanece en tanto en pro de la validez y en pro de la nulidad del matrimonio haya una sola razón positiva que aparezca como sólidamente probable, cualquiera que sea la probabilidad del aserto contradictorio, siempre que éste no adquiera la categoría de moralmente cierto. Si esto ocurriera, es decir, si la nulidad—o la validez—apareciera como manifiestamente cierta, sin dejar lugar a duda alguna, pero subsistiera una razón positiva en contra, cuya solución no se dejara a la sazón entrever, cabría achacar esto a imperfección del entendimiento humano, que no siempre alcanza a resolver todas las dificultades. Este caso no ocurrirá con frecuencia; pero cabe dentro de lo posible, sobre todo si la dificultad no se desarrolla desde un punto de vista filosófico o puramente especulativo, sino que se funda en postulados de las ciencias experimentales, los cuales es frecuente que cambien a medida que se avanza en el campo de la investigación científica en esas ramas del saber. Dificultades por el estilo, que hoy han dejado de serlo, se presentaron como insolubles en otros tiempos en cuanto al impedimento de impotencia o a la consumación del matrimonio, cuando no era conocido el mecanismo de la generación humana, ni se distinguía bien entre los que es obra del hombre y obra de la naturaleza. Siendo, pues, incompatibles y excluyéndose mutuamente los estados subjetivos de certeza y de duda, si aquél se produce, desaparece la duda, aunque de momento no pueda darse respuesta cumplida y satisfactoria a alguna dificultad en contra.

3.° Procedimiento ordinario.

Como es sabido, las causas matrimoniales de nulidad deben tramitarse mediante un proceso estrictamente contencioso, que es el marcado en los cánones 1.552-1.924, en cuanto lo permitan los cánones 1.960-1.992. Este es el procedimiento ordinario o solemne. Solamente en algunos casos es lícito conocer y fallar dichas causas haciendo uso de un procedimiento judicial extraordinario, sumario, documental o simple: cuando a tenor del canon 1.990 consta con toda certeza que el matrimonio ha sido nulo y la nulidad aparece reuniendo las condiciones que en dicho canon se expresan. Ahora bien; siendo la certeza una condición *sine qua non* para que

pueda echarse mano del procedimiento extraordinario, y no existiendo, por otra parte, el estado de certeza en el caso sobre que versa la citada declaración, sino el de duda, y duda positiva e insoluble acerca de la nulidad del segundo matrimonio—la cual depende de la validez del anterior—, es evidente que la Comisión Pontificia no podía menos de imponer el procedimiento *ordinario*, si no quería salirse de la norma clara y explícita contenida en el canon 1.990 y barrenar todas las otras normas que regulan en el ordenamiento canónico la tramitación de las causas de nulidad, y en especial el canon 1.014, que recoge el principio del favor del derecho a la institución matrimonial. Aunque la Comisión hubiera silenciado este punto, no creemos que hubiera algún canonista que se atreviera a dar interpretación distinta.

4.° DECLARACIÓN DE NULIDAD.

Comencemos por recordar, según más arriba hemos expuesto, que el canon 1.014 tiene dos partes bien marcadas: en la primera de ellas se trae a colación el principio general del favor del derecho en lo que respecta al matrimonio, y en la segunda, consecuentemente con ese principio, se crea una presunción a favor del matrimonio celebrado. Según esa presunción, que es simple presunción de derecho y, como tal, admite prueba en contra, se ha de estar por la validez del matrimonio, en tanto no se demuestre que ha sido inválido.

Estableciendo ahora comparación entre dicho canon y la declaración de la Comisión Pontificia, se advierte a primera vista que, mientras el canon crea una presunción de validez a favor del matrimonio, la Comisión aplica otra presunción diametralmente opuesta. No son dos presunciones que se refieran a un *mismo y único* matrimonio, lo cual sería verdaderamente absurdo; pero sí son presunciones—o una con doble virtualidad, si se prefiere hablar así—que se refieren ambas a la institución matrimonial. Se trata de dos matrimonios, de los cuales no se sabe cuál es el verdadero y legítimo; y el derecho protege solamente el primero, descargando el rigor sobre el segundo, no obstante la posibilidad de que objetivamente sea éste, y no aquél, el único verdadero y merecedor de que se le proteja.

Es también de notar que, en virtud de la presunción en contra de la validez, el tribunal al que se lleve la causa de nulidad no puede limitarse a declarar que *no consta la validez* del segundo matrimonio, sino que debe positivamente *declarar la nulidad del mismo*, o sea declarar inválido un

matrimonio que no consta que lo sea, ya que se trata de un caso de duda positiva e insoluble, que afecta por igual a ambos matrimonios: directamente al que primero se celebró, y de rechazo al segundo. Esto suscita dos interrogaciones, que pueden formularse así: ¿Por qué el derecho, en lugar de mostrarse neutral en este caso, concede todo su favor al primer matrimonio y lo deniega al segundo? ¿Por qué, no constando que éste sea inválido, dice la Comisión Pontificia que debe declararse que lo es?

1) La primera cuestión no ofrece, a nuestro juicio, dificultad alguna; y esto por dos razones: *a)* La posesión crea, en caso de duda, un derecho preferente. Al celebrarse el segundo matrimonio se hallaba ya en posesión el anterior. Por lo tanto, siendo dudosa la validez de uno y otro matrimonio, es natural que el derecho proteja solamente el primero, en tanto que la duda subsista, según la conocida regla 54 del Sexto: "Qui prior est tempore potior est iure." *b)* Aplicando la doctrina que ya hemos expuesto, repetimos que la razón por la cual el derecho otorga su favor especial a la institución matrimonial es porque, así como el matrimonio es la piedra básica de la sociedad, así también la disolución del mismo, aun en caso de duda, acarrea al bien público un quebranto de importancia, quebranto que se sumaría, en nuestro caso, al que ya se ha producido por el solo hecho de haberse celebrado el segundo matrimonio sin constar legítimamente la nulidad o la disolución del primero. Padecería más el bien público si, subsistiendo la duda positiva, se disolviera el primero, en beneficio del segundo, que si se negara validez a éste, para no desposeer a aquél de un derecho en posesión del cual se halla.

2) En cuanto a *declarar inválido* el matrimonio posterior por haber duda acerca de la validez del anterior o, lo que es lo mismo, por existir impedimento dudoso de ligamen con duda de hecho, tal vez alguien opine que sería preferible que la Comisión Pontificia se hubiera limitado a dar la interpretación de que "se ha de declarar que el segundo matrimonio *ha de ser tenido por inválido*"; pues no constando en realidad si es válido o no, parece un contrasentido que positivamente se le declare inválido. La declaración hecha en aquella forma, más cauta, produciría los mismos efectos canónicos que la declaración positiva de nulidad y se ajustaría más a la verdad subjetiva del que hace dicha declaración. Esta observación, que, a nuestro juicio, no deja de ser atinente, no tiene, sin embargo, fuerza incontrovertible ni constituye un reparo de gran monta contra la fórmula empleada por la Comisión. En efecto, si la duda es, como se supone, insolubre, no hay peligro próximo de que la declaración tenga que ser reformada, andando el tiempo, por otra contraria. Es una declaración que pruden-

temente se prevé última y definitiva. Y siendo esto así, ¿qué inconveniente hay en que, para los efectos canónicos y para tranquilizar la conciencia, se diga inválido lo que no consta con certeza si lo es? Por otra parte, ya se sabe que las sentencias de los tribunales en las causas de nulidad no son constitutivas, sino declarativas, por lo que a la existencia o no existencia del vínculo se refiere, y jamás adquieren autoridad de cosa juzgada. Si con el decurso del tiempo se produjeran nuevos hechos o aparecieran nuevas razones, en virtud de las cuales lo que antes se juzgó duda insoluble se viera que no lo es, podría y debería someterse a revisión la causa y decretarse lo más conforme con la verdad objetiva. No vemos, pues, razón alguna para que pueda eficazmente impugnarse la fórmula que ha empleado la Comisión Pontificia, si bien no tenemos tampoco reparo en manifestar que tal vez nos hubiera agradado más la otra a que nos hemos referido. De los efectos de la declaración de nulidad nos ocuparemos más abajo.

5.° PARTICULARIDADES DEL PROCESO.

Al desarrollarse el proceso matrimonial pueden plantearse problemas en relación, más o menos directa, con el "favor iuris". Para enfocarlos debidamente no debemos echar en olvido que la Comisión Pontificia no se refiere al impedimento dudoso de ligamen, que proviene de duda que exista acerca del *hecho de la celebración* de un matrimonio anterior. Cuando el proceso matrimonial se entabla por este capítulo de nulidad, todo él se encamina a comprobar la realización de un hecho anterior—la *celebración* de otro matrimonio—en el cual se fundamenta una pretensión de declaración de la nulidad del segundo. No entran, por consiguiente, en litigio en este caso dos matrimonios ciertamente celebrados, sino la validez de uno, dependiente del hecho de la celebración anterior del otro. Planteada la cuestión en esta forma, el "favor iuris" recae solamente sobre el matrimonio que consta con certeza que se ha celebrado—el segundo—, en tanto no se demuestre con certeza el hecho, que se aduce, de la celebración del otro. Comprobado este hecho, todo el favor es para el primero, y hay que declarar nulo el matrimonio posterior. La casi totalidad de las causas matrimoniales por impedimento de ligamen revisten este carácter, y por ello su tramitación no ofrece de ordinario dificultad especial desde el punto de vista técnico.

Mas la cuestión cambia de aspecto desde el momento en que entra en litigio no la mera celebración, sino la validez de dos matrimonios ciertamente celebrados. Introducida la causa de nulidad del segundo, la dis-

cusión tiene que centrarse por completo en el primero, cuya validez hay forzosamente que someter a revisión, pues de la validez o nulidad de éste, y nada más que de eso, depende el que haya de declararse nulo o válido el otro. La sentencia que recaiga tiene por fuerza que afectar a ambos matrimonios, aunque la pretensión llevada al juicio mire directamente sólo a uno de ellos. No puede buscarse ni se puede llegar a la certeza jurídica respecto a uno sin que esa certeza jurídica alcance también al otro, por lo cual los intereses de ambos se entremezclan hasta llegar prácticamente a confundirse. No se olvide, por otra parte, que no se trata del uso de derechos potestativos, para los cuales se requiera la intervención de la potestad pública, sino de obtener una sentencia *declarativa* en materia que está regulada por normas que trascienden la esfera del derecho positivo humano.

Situados en el plano de la técnica del derecho, podrían, tal vez, plantearse varios problemas; v. gr., si es una sola la acción que se ejercita o son acciones distintas y hasta qué punto lo son las que se refieren a uno y otro matrimonio; si es un caso de continencia o bien de conexión de causas; si es un caso de litis consorcio y quiénes son litis-consortes, principales o secundarios; si es un caso de tercería o intervención necesaria y quién debe provocar la intervención, etc. Siendo interesantes todos estos problemas, los dejaremos a un lado, para tratar solamente aquellos que tienen relación más estrecha con el "favor iuris" y con la declaración de la Comisión Pontificia.

1) *Acción:* Puede ser acción directa contra uno de los dos matrimonios en concreto, encaminada a obtener la declaración de su nulidad, o puede también ejercitarse acción alternativa, pidiendo que se declare cuál de los dos es válido y cuál inválido.

2) *Tribunal competente:* Puesto que la validez del matrimonio posterior está condicionada y depende única y exclusivamente de la validez del primero, cabe preguntarse por cuál de los dos matrimonios ha de determinarse la competencia del tribunal que debe conocer en la causa.

Por una parte tenemos que el favor del derecho se concede, de antemano y en términos generales, al matrimonio que primero se celebró y disfruta de la posesión; y por otra consta que el derecho favorece al demandado, según el principio del canon 1.559, § 3: "Actor sequitur forum rei." Por consiguiente, conviene hacer una distinción: *a)* Si la acción de la parte actora va dirigida contra uno solo de los dos matrimonios, ha de entablar-

se la demanda ante el tribunal que sea competente para conocer, por razón de ese matrimonio, según las reglas generales de la competencia (36). *b)* Si la acción es alternativa sería conveniente que se propusiera al tribunal que sea competente por razón del primer matrimonio, sobre todo si se elige como fuero competente el de la celebración del contrato, pues en muchos casos, especialmente si el capítulo de nulidad es algún vicio del consentimiento o la falta de forma legítima, en el lugar de la celebración del matrimonio es donde más fácilmente podrán aportarse las pruebas atinentes. Pero, dejando aparte esta razón de conveniencia, ¿es también competente para conocer en la causa, cuando la acción es alternativa, el tribunal del territorio en donde se celebró el segundo contrato matrimonial? Creemos que sí, pues el Código, así como no distingue entre causas *conexas* y *contenidas* (37), así tampoco hace distinción entre la causa principal y la que de ella depende para los efectos de determinar la competencia del tribunal. Ya se trate de continencia o de conexión—y según ROBERTI (38) los casos de intervención principal de un tercero son casos de conexión de causas—, lo cierto es que, según el canon 1.567, puede introducirse una causa conexa o contenida ante cualquier tribunal que pueda conocer en ella, ampliándole el mismo derecho—llámese a esto *prórroga* o como se quiera—la jurisdicción para conocer en la otra que con ella tiene esa relación de dependencia. Por otra parte, el "favor iuris" de que goza el primer matrimonio no se extiende, a nuestro juicio, hasta atribuir la competencia exclusiva a un tribunal determinado. El favor del derecho se le otorga al matrimonio para su perduración por razón de bien público, y al bien público no interesa que la causa sea conocida por un tribunal o por otro.

2) *Introducción de la causa y participantes en el proceso:* En este proceso, en que entra en juego la suerte de dos matrimonios (o de tres, si cada uno de los cónyuges del primer matrimonio contrajo otro ulterior) está interesado no sólo el bien público, sino también el privado de las tres (o cuatro) personas que han participado en los matrimonios; pues no es posible declarar válido o nulo un matrimonio sin que afecte a los supuestos cónyuges. De aquí es que, ya se entable acción directa contra el segundo matrimonio, o alternativa para que se declare cuál de los dos es válido y cuál nulo, se plantea un caso de litis-consorcio necesario, y en la litis deben *participar,* además del defensor del vínculo, los cónyuges interesa-

(36) Can. 1960-1965; Inst. 1936, arts. 1-12.
(37) Can. 1.567; ROBERTI, *De processibus,* vol. I (Roma, 1941), n. 76; LEGA-BARTOCCETTI, *Comm. in iudicia ecclesiastica* (Roma, 1938), p. I, tít. I, art. 18, n. 2.
(38) Ob. y loc. cit., n. 78, 2.

dos. Empleamos el verbo "participar", porque no queremos prejuzgar si han de participar en cada uno de ellos en la causa con el carácter de *actores*, con el de *reos demandados necesarios* o con el de *terceros llamados de oficio;* y lo mismo hemos de decir del fiscal, en el caso de que él intervenga en la causa (39). Por lo que a los cónyuges en concreto se refiere, pueden asumir el papel de actores o el de demandados, lo cual dependerá de por quién y en qué forma se introduzca la acusación del matrimonio. Si no acusan ellos el matrimonio ni se les cita como demandados, deben ser llamados de oficio, conforme al canon 1.853. Y esto debe de hacerse como primera diligencia, una vez introducida la causa, pues en el escrito de demanda, al especificarse la *causa petendi*, o sea el capítulo de nulidad, ya se da al juez pie para que él haga el llamamiento, si es que el actor no lo pidiera. En la causa tiene forzosamente que intervenir el defensor del vínculos, como en todas las causas de nulidad, y en estas de duplicidad de matrimonio, acaso también el fiscal. De uno y otro diremos algo por separado.

4) *El defensor del vínculo:* Tiene por misión defender el vínculo en todas las causas de nulidad; pero ¿cuál es el papel que ha de desempeñar en esta clase de causas, en las que se ventila la suerte, antagónica, de dos matrimonios? ¿Han de intervenir dos defensores del vínculo, uno para cada matrimonio? ¿Puede dejarse alguno de ellos sin defensor? No se puede echar en olvido que la validez o nulidad de ambos matrimonios están íntimamente relacionadas, de tal manera que, como quiera y por quien quiera que se introduzca la causa, hay que conocer acerca de la validez del que primero se celebró. Es como si las dos situaciones matrimoniales litigaran entre sí, si se nos permite la frase. Esto supuesto, resuminos así nuestra opinión:

a) No puede haber dos defensores del vínculo, uno para cada matrimonio, pues en el defensor no hay que ver la *persona* que ostenta el cargo, sino el *ministerio público* que la persona representa. Admitir dos defensores equivaldría a admitir al ministerio luchando consigo mismo.

b) Por la misma razón no puede un solo defensor defender simultáneamente los dos matrimonios, que son antagónicos.

c) Debe defender el matrimonio que primero se celebró, que es el único que goza del favor del derecho, por estar ya en la posesión cuando se celebró el segundo. Y esta defensa debe hacerla con todas las consecuencias que de ella se derivan en la tramitación de la causa. Si de la de-

(39) Véase ROBERTI, ob. cit., n. 124, II, 1 y 2; *Consultationes Iuris Canonici*, vol. II (Roma, 1939), XC, págs. 310-319.

fensa sale perjudicada la condición procesal del matrimonio posterior, esto ocurrirá indirectamente y de rechazo.

5) *El fiscal:* Los cargos de fiscal y de defensor del vínculo son parejos: ambos han sido instituídos por razón de bien público, para que lo defiendan siempre que se halle en peligro. La misión genérica es la misma, si bien el defensor tiene, dentro del bien público, una misión específica exclusiva y bien definida: la de defender la validez del matrimonio, misión que ha sido desglosada de la que correspondería al fiscal, si el defensor no existiera. Ahora bien; la índole especial de las causas en las que se discute simultáneamente la validez de dos matrimonios incompatibles hace que uno de ellos tenga que quedar sin la defensa pública del defensor del vínculo, según acabamos de exponer, lo cual puede acarrear serios inconvenientes en el caso de que los cónyuges y el defensor propugnen la validez del primer matrimonio, como medio para impugnar la del segundo. Pudiera haber colusión entre los consortes de los dos matrimonios y resultar de ahí que injustamente se declarase la validez del primero y la nulidad del posteriormente celebrado.

Para evitar, dentro de lo posible, todos estos inconvenientes, no hay, a nuestro juicio, otro medio que decretar la intervención del fiscal en la causa, si él no la ha planteado acusando el matrimonio por razón de bien público. Por el hecho de intervenir no quedaría constituído en defensor oficial del matrimonio que no patrocinase el defensor del vínculo; su intervención consistiría en actuar *pro iustitiae legisque tutela,* y la justicia, al par que el bien público, exige que se declare válido el matrimonio que lo sea, y nulo el que sea nulo.

6) *Fijación del dubio y resolución de la causa:* Decretada la intervención de los tres cónyuges y la del fiscal—en el caso de que algunos de ellos no tuvieran ya desde el principio el carácter de actores o de reos—, procedería hacer la fijación del dubio. Este adoptaría la forma usual en las causas de nulidad y sería doble: I) *An constet de nullitate prioris matrimonii in casu.* II) *An, consequenter, constet de nullitate secundi matrimonii.* Enfocada así la cuestión, su instrucción sería ya normal hasta dar la sentencia, contestando el tribunal a las dos partes del dubio.

7) *Apelación:* La sentencia forzosamente tendría que declarar nulo uno de los dos matrimonios; y el canon 1.986 impone al defensor del vínculo la obligación de apelar de la primera sentencia que declare la nulidad. ¿Hasta qué punto *obliga* esta norma canónica en las causas especiales de que tratamos? ¿Quienes *pueden* apelar? Pueden ocurrir dos casos: que en la sentencia se declare la nulidad del primer matrimonio o que se

declare que no consta la nulidad, con la consiguiente declaración, pero a la inversa, de la validez o nulidad del matrimonio segundo. *Si lo primero,* el defensor del vínculo tiene obligación de apelar, con lo cual ya no hay problema, pues la apelación interpuesta por él aprovecha también a todos aquellos que se crean perjudicados por la sentencia; v. gr., los que tienen interés en que se declare nulo el matrimonio posterior. *Si lo segundo,* o sea si se ha declarado que no consta la nulidad del primer matrimonio, pero sí la del otro, es cosa de examinar cuál ha de ser la actitud a adoptar por los distintos participantes en la causa:

a) La actitud del defensor del vínculo tiene que seguir siendo la misma que ha adoptado desde el principio de la instrucción de la causa: defender la validez del matrimonio que primero se celebró, el cual goza del favor del derecho. Por consiguiente, ni tiene obligación ni puede apelar contra la sentencia que se ha dictado, ya que, de hacerlo, se convertiría de defensor en impugnador de dicho matrimonio.

b) Los demás que hayan participado en la causa y gocen de legitimación—activa o pasiva—para ella, pueden apelar de la sentencia, si en el desarrollo de la litis han propugnado una sentencia adversa a la que se dictó. En este caso puede hallarse cada uno de los tres contrayentes y también el fiscal.

c) La dificultad en cuanto a la posibilidad de la apelación puede presentarse cuando la causa se ha introducido directamente contra la validez del segundo matrimonio y todos los participantes en la litis han estado conformes en pedir que se dé la sentencia que de hecho se ha dado. Excluído el defensor del vínculo, ¿puede apelar de la sentencia alguno de los otros participantes en la causa? Diríase, a primera vista, que no; pues si la sentencia ha recaído conforme a la pretensión formulada por el fiscal y los cónyuges interesados, ¿para qué y por qué apelar de ella? Sin embargo, nos inclinamos a la parte opuesta.

a' Al fiscal le es lícito apelar siempre que, a su juicio, el bien público reclame la apelación. La sentencia dictada no puede producir plenos efectos canónicos en cuanto al segundo matrimonio, por ser sentencia única de nulidad (40). Y el bien público exige en el caso—una vez que ya recayó una sentencia de nulidad—que la sentencia sea firme, lo cual no puede alcanzarse si no es provocando otra sentencia. Creemos, pues, que el fiscal no sólo puede apelar apoyándose en el canon 1.879, sino también que, por

(40) Cfr. can. 1.987.

razón de su oficio, tiene obligación de hacerlo (41), pues la primera sentencia ha dado ya a la nulidad cierta publicidad, por lo menos jurídica.

b' Si el fiscal no apelara, ¿podrían apelar los cónyuges? También opinamos que sí. El canon 1.879 no dice que puede apelar la parte que ha sido vencida en el pleito, sino la parte "que se considere gravada por alguna sentencia". Cierto es que, en absoluto, no puede decirse que resulte gravada por una sentencia la parte que la ha obtenido favorable a su pretensión; pero en nuestro caso parece también cierto que se coloca en peor situación aquella parte que, si antes vivía en una situación legal ambigua, ha visto aumentado los visos de ilegalidad por la sentencia, sin que por ello pueda considerarse completamente libre del vínculo para todos los efectos canónicos; v. gr., para contraer ulteriores nupcias (42), si se trata de la parte que contrajo matrimonio con la que se hallaba ligada con el vínculo primero. Puede, por lo tanto, afirmarse que la sentència favorable a la pretensión impone, o, mejor dicho, *impondría* gravamen a la parte, si no se le permitiera apelar, para convertirla por este medio en sentencia firme.

6.° Efectos de la declaración de nulidad.

Obtenida sentencia *firme* declaratoria de la nulidad, o sea segunda sentencia conforme, ésta produce todos los efectos canónicos. El principal de ellos es el poder pasar a nupcias ulteriores, y de él vamos exclusivamente, pero con brevedad, a ocuparnos; pues, si este efecto se produce, no hay razón para no admitir que se producen también todos los demás.

Es doctrina común de los canonistas que, en tanto subsista la duda acerca de la existencia de un vínculo anterior, no puede permitirse a ninguno de los cónyuges contraer nuevo matrimonio; y si lo contrajera, resultará también dudoso el segundo, por lo cual ni se les permitirá vivir juntos, por la probabilidad de que haya sido nulo, ni pasar a nupcias ulteriores, por si ha sido válido (43). La doctrina de los canonistas es la misma que ha recogido la Rota Romana (44), la cual se apoya también en la jurisprudencia de las Congregaciones (45).

Consecuente con este criterio dice el canon 1.069, § 2, que, aunque el matrimonio anterior haya sido nulo o legítimamente disuelto, no está per-

(41) Inst. 1936, arg. del art. 38, § 2.
(42) Can. 1.987.
(43) Wernz, *Ius Decretalium*, tom. IV (Roma, 1912), n. 372; Wernz-Vidal, ob. cit., n. 256; Gasparri, ob. cit., nn. 564-565; el mismo en su edición tercera antes del Código, n. 725.
(44) S. R. R. D., Sent. 27 julio 1929, XXI, Dec. XL, pág. 340.
(45) S. C. S. Of., 22 marzo 1865. Collect. S. C. de Prop. Fide, n. 1.272, cf. n. 1.299, cit. por la sentencia de 27 julio 1929.

mitido contraer otro antes de que conste legítimamente y con certeza la nulidad o la disolución del primero.

La declaración auténtica de 26 de junio de 1947 dice que en caso de duda positiva e insoluble acerca de la validez del primer matrimonio debe *declararse inválido* el segundo. La duda no desaparece por el hecho de que se profiera una declaración de ese género, y mucho menos la verdad objetiva de la validez o nulidad de los dos matrimonios, ya que la sentencia, en esta materia, no puede ser constitutiva, sino meramente declarativa. Sin embargo, declarada la nulidad del segundo matrimonio por los trámites ordinarios y mediante dos sentencias conformes, hay verdad jurídica de su nulidad para todos los efectos canónicos, incluso para pasar a segundas nupcias aquel cónyuge que se halle libre del primer vínculo. Esta es, a nuestro juicio, la finalidad que la Comisión Pontificia se propuso al dar la interpretación auténtica a que hemos venido refiriéndonos: que se pueda declarar inválido el matrimonio segundo, para los efectos de nupcias ulteriores. De este derecho podrá hacer uso el cónyuge que sólo participó en el segundo matrimonio, tan pronto como la sentencia sea firme; el otro cónyuge, cuando el primer vínculo haya sido disuelto, verbigracia, por muerte de su consorte. ¿Puede esto cohonestarse y compaginarse con los sanos principios y con el criterio hasta ahora seguido de negar el paso a segundas nupcias cuando hay duda positiva de la existencia del impedimento de ligamen?

Al exponer más arriba la razón por la cual la Comisión ha dicho que debe *declararse la nulidad* del matrimonio posterior, ha quedado ya justificado el cambio—sólo aparente—de criterio a seguir. No puede imponerse el celibato *perpetuo*, en caso de duda positiva, si no se acepta voluntariamente. Este es el criterio en que se ha inspirado el legislador eclesiástico en el canon 1.068, § 2, al permitir el matrimonio en caso de duda del impedimento de impotencia, el cual, de existir, haría irremisiblemente nulo por derecho natural el matrimonio. Cierto es que, permitiendo las segundas nupcias en nuestro caso, se expone a los cónyuges a celebrar un matrimonio nulo; pero, repetimos, no se puede privar a alguien de un derecho cierto concedido a todos (46), si la carencia o privación del derecho no es cierta, máxime cuando se trata de un derecho que otorga la ley natural y cuyo uso es tan necesario que de él puede depender la salvación eterna, ley suprema en la Iglesia. Ni vale tampoco alegar que el matrimonio entre cristianos es sacramento; pues sabido es que los Sacramentos fueron

(46) Can. 1.035.

instituídos por Jesucristo para el bien de los hombres, por lo cual, con causa justa y proporcionada, puede exponérseles a peligro de nulidad en caso de duda. Tampoco es convincente lo que se prescribe en el canon 1.069, § 2, según el cual no puede permitirse otro matrimonio en tanto no conste legítimamente y con certeza la nulidad o la disolución del primero; pues la prohibición que en él se establece ha de interpretarse en relación con el canon 1.035, y siempre que no haya mediado una declaración *legítima* de la autoridad competente. Mucho menos puede analógicamente invocarse el canon 1.076, § 3, a tenor del cual *jamás* puede permitirse el matrimonio, cuando hay duda acerca del impedimento de consanguinidad en cualquier grado de línea recta o en primero de colateral; pues ese impedimento, por ser relativo, no cierra la puerta al matrimonio con otra persona, y el de ligamen es impedimento absoluto. Finalmente, los canonistas tratan comúnmente de la duda que versa acerca de la disolución, por muerte, de un matrimonio anterior *válido* y ciertamente celebrado; y el caso a que se refiere la Comisión es otro muy diverso: el de un primer matrimonio *dudosamente válido*. En resumen: la Comisión no ha hecho más que exigir *certeza jurídica*, mediante dos sentencias, de que existe duda positiva e insoluble; y, obtenida esa certeza, ha aplicado al primer matrimonio el "favor iuris" del canon 1.014, y al segundo, el principio del canon 1.035, que permite a todos el matrimonio.

III. EL "FAVOR IURIS" Y LA SEPARACION CONYUGAL

Al formular la definición del "favor iuris" hemos dicho que éste, en cuanto que es una tendencia o propensión del derecho, afecta a la "institución matrimonial, con el fin de asegurar su vida normal". Y a la vida normal de la institución, decíamos, pertenece no sólo la indisolubilidad del matrimonio, sino también la comunión de vida entre los esposos, necesaria para que la institución pueda cumplir la finalidad impuesta por su Autor. Habiendo estudiado ya el "favor iuris" en general y en cuanto a la indisolubilidad del matrimonio, y a las causas de nulidad, réstanos tratarlo en relación con la comunión de vida y la separación conyugal. No sólo haremos mención de las manifestaciones del favor a través de los cánones del Código, sino que indicaremos también algunos favores que, no hallándose expresos en los textos legales, son, sin embargo, dignos de tenerse en cuenta para los efectos de aplicación del derecho constituído.

1.° LA COMUNIÓN DE VIDA O COHABITACIÓN.

El contrato matrimonial no sólo crea entre los esposos un vínculo perpetuo e indisoluble, que es de esencia del matrimonio, sino que engendra también un conjunto de derechos mutuos y obligaciones, cuyo ejercicio es necesario para la realización del fin específico de la institución. Este fin específico, el primario, es la procreación y educación de los hijos, fin eminentemente social que afecta de una manera directa y necesaria al bien público, razón por la cual el derecho otorga su favor al matrimonio, según hemos visto. De la entraña del fin primario, y no como algo adventicio y extrínseco al mismo, proceden los fines secundarios que le están subordinados: la ayuda y el remedio de la concupiscencia (47). Estos fines secundarios son, lo mismo que el primario, fines *operis*, objetivos e intramatrimoniales de la misma institución, los cuales pueden a la vez ser fines *operantis*, cuando esa es la finalidad inmediata, pero no exclusiva, que alguien se propone al unirse en matrimonio. Para la mejor realización de todos esos fines, y como medio para conseguirlos, hay un cúmulo de derechos y obligaciones que se sintetizan y se concretan en lo que el Código llama "comunión de vida" (48), a la cual suele también denominársele "cohabitación". El fin primario en el matrimonio, como en toda institución social, es lo que caracteriza, anima y da vida a la institución matrimonial; él es la razón de existir del vínculo y también de la cohabitación. Por consiguiente, la comunión de vida o cohabitación conyugal ha de participar, en la debida proporción, de las notas y características del vínculo; pues ambos, vínculo y cohabitación, son arroyos que proceden de la misma fuente: del fin primario, que es la procreación y educación de los hijos.

1) *La cohabitación, si bien no es de esencia del matrimonio, pertenece a su integridad* (49). La razón es obvia y no es preciso insistir mucho en ella. El matrimonio fué instituído para atender a la propagación de la especie, y sin cohabitación pueden los cónyuges engendrar hijos; por eso no entra en la esencia del matrimonio. Pero los hijos no pueden ser considerados solamente como fruto natural y biológico de una unión pa-

(47) Can. 1.013; S. C. del S. Of., 1 abril 1944, A. A. S., XXXVI, 103; Sent. de la Rota, 22 enero 1944, A. A. S., XXXVI, 179 y sigs.; MIGUÉLEZ, *Código de Derecho Canónico* (Madrid, 1947), nota al canon 1.013.

(48) Can. 1.128.

(49) WERNZ, ob. cit., tom. IV, n. 53; WERNZ-VIDAL, ob. cit., tom. V, n. 600; S. R. R. D., Dec. I, 3 enero 1929, XXI, pág. 3.

sajera y momentánea y dejados luego a su suerte, como los seres irracionales, sino que deben ser alimentados y educados durante muchos años, para lo cual se requieren los cuidados y el esfuerzo mancomunado de sus progenitores. Existen además los fines secundarios e intramatrimoniales del remedio de la concupiscencia y de la mutua ayuda entre los esposos. Y todo esto no puede conseguirse adecuadamente, *more humano*, si los cónyuges, unidos por el vínculo, no hacen también vida en común bajo un mismo techo. Por eso la cohabitación es elemento integrante, *ad melius esse*, del matrimonio.

2) *La cohabitación es de derecho natural y divino.*—Esta conclusión se deduce lógicamente de lo anteriormente expuesto. Si la cohabitación procede de la entraña del matrimonio y pertenece a su integridad, y si la institución matrimonial es de derecho natural, eso mismo hay que decir de la cohabitación. Esta verdad, que está contenida en aquellas palabras del Génesis (50) "Dejará el hombre a su padre y a su madre y se adherirá a su mujer", la expone SÁNCHEZ (51) diciendo: Por derecho natural y divino están obligados los cónyuges a vivir juntos. La obligación de cohabitar procede de la obligación de pagar el débito y de la misma naturaleza del matrimonio; es así que esta obligación es de derecho natural; luego también aquélla. La obligación de cohabitar procede de la misma naturaleza del contrato conyugal, porque la misma naturaleza, que inclina a la unión del hombre y de la mujer para engendrar prole, inclina también a la cohabitación para educarla más cómodamente; luego, como el contrato natural convierte en obligación dicha inclinación natural, síguese que la obligación de cohabitar procede de la misma naturaleza del matrimonio y, como él, es de derecho natural y divino. Síguese igualmente de aquí que el canon 1.128, que preceptúa la cohabitación, no hace otra cosa que traer al articulado del Código un precepto de orden superior que impone la cohabitación como medio adecuado para conseguir los fines de la institución matrimonial y también como una consecuencia natural que se desprende del vínculo que liga mutuamente a un cónyuge para con el otro. Síguese asimismo que, si el "favor iuris" protege la vida de la institución matrimonial, esta protección debe tutelar no solamente la indisolubilidad del vínculo, que es propiedad esencial de la institución, sino también la cohabitación permanente de los esposos, que es su elemento integrante.

---

(50) Gén., II, 24.

(51) *De Sancto Matrimonii Sacramento*, lib. IX, disp. IV, nn. 2-3.

2.° LA SEPARACIÓN CONYUGAL.

1) *Naturaleza de la separación.*—Así como la ruptura del vínculo conyugal afecta directamente al bien público, así ambién le afecta la separación conyugal, si bien con la debida proporción, distinguiendo entre lo que es esencial y lo que pertenece a la integridad de la institución matrimonial. La ruptura de la cohabitación conyugal no atañe solamente al interés privado de los cónyuges, sino que representa ambién un interés social. Esta es la tesis que con gran profundidad y erudición defiende LE PICARD (52) al través de toda su obra y ella constituye lo que pudiéramos llamar el *leit motiv* de su argumentación.

En el matrimonio hay que distinguir bien dos cosas: la obligación de justicia de un contrayente para con el oro y la institución social que es el matrimonio. La obligación de justicia, el vínculo que nace y coarta la libertad de cada uno de los cónyuges para separarse del otro, es algo odioso, como lo son todos los vínculos que restringen la libertad individual. Por eso, si en el matrimonio solamente pudiera verse una obligación mutua de justicia conmutativa, habría que interpretarla en sentido estricto: no puede imponerse a nadie—sobre todo en el fuero interno—el cumplimiento de una obligación, si no consta con certeza la existencia de la misma; la libertad individual de cada uno es una cosa cierta y la obligación sería una cosa dudosa. Por el contrario, la obligación de cohabitar, supuesto el vínculo, es cosa que sale fuera de los derechos estrictamente privados, interesa a la sociedad, como le interesa la pervivencia del vínculo; pues la separación de los esposos, además de obstaculizar el fin eminentemente público y el interés social de la propagación normal de la especie humana, fomenta la corrupción de costumbres, causa escándalo (53) y es incentivo de pecado en materia de castidad. Con cada hogar que se deshace, el bien público, la sociedad experimente una pequeña sacudida, todo lo pequeña y minúscula que se quiera, si se trata de un caso esporádico; pero no puede ponerse en duda que, si esas sacudidas y conmociones se repitieran, el mal que de ahí se derivaría sería verdaderamente grave. Luego, así como el "favor iuris" hace que por razón de bien público haya de considerarse válido y firme el matrimonio, mientras no conste su invalidez, así también exige que haya de sostenerse la cohabitación, en tanto no se demuestre con certeza que hay causa legítima para interrumpirla. Por eso, la simple voluntad de los esposos no puede establecer lícitamente

(52) Ob. cit.
(53) LE PICARD, ob. cit., § 17, pág. 165.

la separación, sin otra causa, lo mismo que no puede romper el vínculo conyugal.

Que la disolución del vínculo y la disolución de la vida conyugal corran paralelos y hayan de situarse en pie de cierta igualdad, se comprueba por los mismos textos legales y por la manera de expresarse los canonistas. Estos, antes del Código, solían dar el nombre de *divorcio* tanto al vincular como a la mera separación; al primero le llamaban divorcio *pleno*, y *semipleno* o imperfecto al segundo. En la colección auténtica de los Decretales, bajo el título "De divortiis", hay capítulos que se refieren a la separación conyugal (54). Y en el libro III del Código, en el capítulo X del título VII, bajo la rúbrica general "De la separación de los cónyuges", están comprendidos dos artículos, el primero de los cuales trata "de la disolución del vínculo", y el segundo "de la separación de lecho, mesa y habitación". El género es el mismo: divorcio o separación; la diferencia específica es la que varía, según que se trate de disolución del vínculo o de simple separación de cuerpos. El artículo I está encabezado por el canon 1.118, que consigna el principio de que el matrimonio válido rato y consumado no puede ser disuelto, y el artículo II lo está por el canon 1.128, el cual dice que los cónyuges deben observar la comunión de vida conyugal, si no hay una causa justa que los excuse. Todo, pues, da a entender que la disolución del vínculo y la simple separación tienen puntos de contacto más que extrínsecos y que ambos están íntimamente ligados a la vida normal de la institución misma. Si la primera afecta al bien público, también afecta la segunda, aunque en diverso grado, atendiendo sobre todo a los elementos que la integran, de donde se sigue que el "favor iuris" actúa también de modo diverso.

Si se examinan atentamente la rúbrica de dicho artículo segundo y los cánones que caen bajo ella (1.128-1.132), puede apreciarse que en la primera se hace mención expresa de la separación *de lecho, mesa y habitación,* y en el articulado de los cánones ya no vuelven a figurar estos conceptos, de una manera explícita, hablándose solamente de *vida en común* y de *separación.*

La comunión de lecho, de mesa y de habitación son elementos que inintegran la vida en común; pero ¿afectan todos y cada uno de ellos al bien público? La separación de habitación, sí; la de lecho y de mesa, no, salvo que trascienda al exterior y de ella se origine escándalo. El que los cónyuges vivan habitualmente separados lleva consigo la separación de

(54) Lib. IV, tit. 19, caps. 2, 5, 6, etc.

lecho y de mesa, y es una cosa pública, apta para engendrar escándalo en los demás; pero no ocurre lo mismo si, reteniendo la comunidad de habitación, se abstienen de hacer uso del matrimonio o de sentarse a la misma mesa; pues esto, de ordinario, no sale fuera de las paredes del hogar doméstico, y es cosa que toca arreglar a los cónyuges entre sí, privadamente, con el consejo de su confesor, si fuera necesario. Por eso, sin duda alguna, los cánones citados se limitan a hablar simplemente de vida en común y de separación, entendiendo por tal la separación *total,* o sea, de habitación. Consecuencia lógica de esta doctrina es que el "favor iuris" no alcanza a la separación de lecho y mesa, y sí a la cohabitación. A esta sola nos referiremos en adelante.

2) *Motivos de separación.*—Aunque el derecho natural y divino impone la cohabitación habitual de los esposos, no es, sin embargo, esta obligación de tal género que no pueda en ningún caso establecerse la separación, como no puede disolverse el vínculo: antes bien, hay causas que hacen lícita la separación temporal o perpetua, a las cuales no es raro que se les denomine "causas *canónicas*". No reprobamos en absoluto esta denominación, pues se hallan contenidas en el Código, que es ley *canónica;* pero, para hablar con más exactitud, creemos que debería llamárselas "*causas legítimas*". La razón de esto es que dichas causas tienen su origen, las establece el mismo derecho natural, que es el que impone la cohabitación. La Iglesia no puede establecerlas a su antojo, como no puede tampoco dispensar de la cohabitación. Las ha recogido en el articulado de los cánones, aclarándolas y comentándolas, lo mismo que ha hecho con no pocos preceptos del derecho divino; pero no es ella su autora. Y no es válido el argumento en contra, que pudiera formularse diciendo que la separación conyugal puede tener el carácter de pena canónica y que a la Iglesia, como sociedad perfecta, compete el derecho de crear figuras de delitos y establecer las penas correspondientes para castigarlos. No han faltado, ciertamente, quienes hayan calificado de pena la separación conyugal (55), al tratar de justificar la necesidad de la intervención de la potestad pública en la misma; mas sin razón, a nuestro juicio. En los casos en que no hay delito, verbigracia, en la separación por causa de enfermedad gravísima y contagiosa de uno de los cónyuges, a nadie se le ocurrirá afirmar que la separación es una pena canónica. Y si en estos casos no lo es, no hay razón alguna para afirmar que en los otros, verbigracia, en

(55) Véase SÁNCHEZ, ob. cit., lib. X, disput. XII, n. 11; GLOSA, cap. 3, de *Divortiis,* p. "separari"; GONZÁLEZ TÉLLEZ, al mismo capítulo, n. 8; LE PICARD, ob. cit., § 7, pág. 48, el que se expresa en forma algo ambigua: "La rupture de la vie commune doit être considerée comme une peine publique requérant un jugement public, parce qu'elle constitue un état nouveau...".

el caso de adulterio, es pena; pues aun suponiendo la existencia de un delito previo, creemos que no podría la Iglesia castigarlo imponiendo *directamente*, como pena de él, la separación. Ello equivaldría a privar del uso de un derecho, que en la mayor parte de los casos es necesario para la guarda de la castidad (56); y esto no puede hacerlo la Iglesia, para quien la salvación de las almas es la ley suprema.

Si la Iglesia no puede *crear* causas de separación legítima, éstas tienen que estar vinculadas a la *naturaleza misma del contrato* matrimonial y, por consiguiente, proceder del derecho natural, que es el que impone la cohabitación; la Iglesia no puede, pues, hacer otra cosa que declarar si hay alguna causa que por derecho natural haga lícita la separación conyugal.

Tan específicas son estas causas o motivos de separación y de tal manera deben hallarse vinculadas a la naturaleza misma del contrato que la Sagrada Congregación del Concilio, en una resolución de 27 de febrero de 1864 (57), no titubeó en afirmar que no pueden alegarse, para obtener la separación, las causas que son suficientes para obtener la dispensa de matrimonio rato y no consumado. Y añade LEGA (58) que más fácilmente se admite prueba documental o testifical en orden a declarar la nulidad del matrimonio, cuando su validez es dudosa con duda de hecho, que si se trata solamente de obtener la separación conyugal en el caso de un matrimonio de validez cierta e incontrovertible; pues en este caso "omnia iura clamant ut coniugale consortium non disiungatur, nisi invicte comprobetur adesse causam canonicam separationis". Ahora bien; estas causas legítimas, vinculadas a la naturaleza del contrato, la jurisprudencia de los dicasterios pontificios las reduce a tres clases: adulerio, peligro de alma o de cuerpo y abandono malicioso del domicilio conyugal.

a) El adulterio formal y consumado es motivo de separación, según reconoce el canon 1.129, y se funda en el principio de derecho contractual "frangenti fidem, fides non est servanda": al que ha sido infiel en el cumplimiento de sus obligaciones contractuales, no hay por qué guardarle fidelidad. Este principio, que está embebido en todo contrato, tiene también aplicación en el contrato matrimonial (59), pero sólo en cierta medida: en tanto en cuanto no se oponga a algún precepto más fundamental del derecho natural o divino. Por eso el adulterio de uno de los

(56) SÁNCHEZ, ob. cit., lib. X, disp. IV, n. 3, y disp. XII, n. 5; S. R. R. D., XXIV, Dec XIX, 13 mayo 1932, n. 5, pág. 171.
(57) Cit. por LEGA en S. R. R. D., vol. II (1910), Dec. XXIV, n. 11.
(58) Cita de la nota anterior.
(59) SÁNCHEZ, ob. cit., lib. X, disp. XII, n. 5.

cónyuges no rompe el vínculo, que es indisoluble, ni faculta al cónyuge inocente para que pueda él cometer, a su vez, adulterio, que es intrínsecamente malo; pero hace que el cónyuge culpable pierda el derecho propio a usar potestativamente del cuerpo del otro, es decir, a reclamar la entrega actual de su cuerpo en orden a los actos propios de la vida marital; y cesando ese derecho, cesa también la obligación de hacer vida en común con el adúltero. El adulterio es un hecho que, una vez consumado, no admite rectificación: el adúltero es siempre adúltero, aunque haya dejado de hacer vida adulterina. El derecho a la separación procede ciertamente del adulterio; pero no en cuanto tal, o sea entitativamente considerado, ni en cuanto que es un delito, ni en cuanto que es pecado, sino en cuanto que constituye una ofensa del cónyuge inocente. La razón de pecado, y aun de delito, son condiciones precisas para que haya ofensa formal; mas ésta no puede formalmente identificarse con el pecado ni con el delito. El pecado lo perdona solamente Dios; el delito puede perdonarlo la potestad pública; la ofensa, como tal, en cuanto que es una relación entre ofendido y ofensor, puede perdonarla el ofendido. Síguese de aquí que la separación por adulterio debe ser perpetua, en tanto no recaiga perdón del cónyuge inocente, y que el favor del derecho no alcanza ni puede alcanzar a los casos de adulterio cierto no condonado. Actúa, sin embargo, y se manifiesta dicho favor en dos casos: en la prueba del adulterio y en la condonación del mismo.

a' La prueba debe ser plena y convincente, en cuanto puede serlo en esta materia, no bastando los indicios y presunciones ordinarias que serían suficientes en otras materias; y si esa prueba plena falla, el "favor iuris" impide la separación, lo mismo que impide la declaración de nulidad del matrimonio. Para que se vea hasta qué punto se requiere plenitud en la prueba del adulterio nos place citar la sentencia rotal de 3 de enero de 1929 (60). Tratábase en esa causa de una mujer casada que sostenía relaciones amatorias con un hombre, en compañía del cual se ausentó para América, abandonando a su marido, dejando sus hijos confiados a otro matrimonio y diciendo que quería seguir los impulsos de su corazón y amar a otro. La Rota Romana no apreció el adulterio, no obstante las graves presunciones de que hubiera llegado a cometerse.

b' Condonado el adulterio por el cónyuge inocente, deja de ser causa para la separación. Probado él, habría que probar la condonación, pues ésta es un hecho y los hechos no se presumen. Esto no obstante, el canon 1.129, § 2, presume la condonación si el cónyuge inocente, en el

(60) S. R. R. D., vol. XXI, Dec. LXIII, n. 4.

plazo de seis meses, no apartó de sí al cónyuge adúltero, ni lo abandonó, ni lo acusó en forma legítima. Tal presunción no es otra cosa que un favor del derecho a la instiución matrimonial.

b) Los otros motivos de separación a que se refiere el canon 1.131 se reducen todos ellos al motivo genérico de "grave peligro para el alma o para el cuerpo del otro cónyuge". Así lo reconoce la jurisprudencia uniforme de la Rota Romana (61), según la cual el peligro debe ser proporcionado a la gravedad de la obligación de cohabitar. Contra lo que ocurre en el caso de adulterio, la separación no puede ser perpetua, sino temporal—por un plazo de tiempo determinado o indeterminado—, y debe cesar tan pronto como cese la causa que dió lugar a ella (62). El "favor iuris" exige que no se autorice la separación si no consta con certeza la existencia de causa legítima para ella y que no se otorgue por más tiempo del que prudentemente se prevea que puede ser suficiente para que cese dicha causa. Nos abstenemos de hacer un análisis más detallado de cada una de las causas concretas que enumera explícitamente el canon 1.130, porque no lo juzgamos atinente al tema que estamos desarrollando.

c) El abandono malicioso del hogar conyugal es, finalmente, causa legítima para que el otro cónyuge pueda, de derecho, separarse, con todos los efectos canónicos que la ley reconoce al cónyuge inocente. Esta causa se funda, a nuestro juicio, en el principio de derecho contractual arriba mencionado "frangenti fidem, fides non est servanda"; pero no produce la separación perpetua, como el adulterio, sino sólo la temporal. Al volver el cónyuge fugitivo debe resaurarse la vida en común. Una sentencia de la Rota ya citada, de 6 de diciembre de 1929 (63), exige las siguientes condiciones para que haya causa legítima de separación por este capítulo: abandono del cónyuge o despido de éste, ánimo de abandonar las obligaciones conyugales y carencia de causa justa. En la comprobación de todas y cada una de estas condiciones, el "favor iuris" exige que se proceda con criterio de rigidez, lo mismo que cuando se trata de otras causas que motivan la separación temporal.

3.° Intervención de la potestad pública.

Que los cónyuges pueden establecer la separación con causa legítima es cosa que no deja lugar a duda; pero ¿pueden separarse por autoridad propia, cuando exista dicha causa, o se requiere, por el contrario, que inter-

(61) Pueden verse, a manera de ejemplos, las sentencias rotales de 30 de junio de 1928 (S. R. R. D., vol. 20, Dec. XXIX), 3 enero 1929 (ibid., vol. 21, Dec. I), 6 agosto 1930 (ibidem, vol. 22, Dec. XLVII), 13 mayo 1932 (ibid., vol. 24, Dec. XIX).

(62) Can. 1.131, § 2.

(63) S. R. R. D., vol. 22, Dec. LXIII.

venga la autoridad pública, sancionando la separación? Para proceder ordenadamente es preciso distinguir entre los imperativos del derecho natural y divino y los del derecho positivo de la Iglesia.

1) *El derecho natural y divino* prescribe la cohabitación y, por lo tanto, prohibe la separación de los cónyuges sin causa justa y proporcionada, según ya hemos expuesto; pero no consta que prescriba, siempre y en todos los casos, la intervención de la autoridad pública en la realización de la separación conyugal. Es, sin embargo, frecuente el afirmar que la separación no puede realizarse si la autoridad pública no la autoriza, y esto por dos razones: porque la separación es una cosa pública y porque de la separación se origina escándalo.

Del mero hecho de que la separación sea una cosa pública y afecte al bien público no puede, a nuestro juicio, deducirse en buena lógica que la potestad social haya necesariamente de intervenir en ella siempre que se realiza. En todo aquello que afecta al bien público *puede,* sí, intervenir la autoridad social; pero de que pueda no se sigue que forzosamente *haya* de intervenir. Lo confirmamos con un ejemplo: Toda violación de la ley de la cual se siga quebranto probable del orden público da a la potestad social derecho a castigar; pero esto no significa que dicha potestad haya de intervenir, castigando o estableciendo castigos para todas las violaciones de ese género. Por razones de política criminal interviene unas veces, y otras no. Algunas veces castiga, y otras deja sin castigo en el fuero externo, cuando el bien público no lo exige imperiosamente o cuando las circunstancias reclaman que la autoridad disimule y se abstenga de intervenir, no multiplicando las figuras de delitos y la penalidad de los mismos. Por eso creemos que del mero hecho de que la separación conyugal sea cosa pública y afecte al bien público no puede apriorísticamente deducirse una razón incontrovertible para afirmar que aquélla no puede, *ex natura rei,* llevarse a cabo sin la intervención de la autoridad.

Dice LE PICARD que es muy difícil que de la separación no se siga escándalo, si se hace a espaldas de la autoridad, porque "toda desunión entre los esposos es un mal ejemplo que perjudica directamente a la sociedad", ya que la separación en la generalidad de los casos no puede permanecer oculta. Y prosigue: "... pero aun en el caso de que las circunstancias sean tales que los esposos puedan separarse y permanecer separados, sin que por eso el bien público sufra detrimento, ¿legitimaría sólo esto la separación?" El esclarecido autor se inclina a afirmar que la separación sería ilegítima, porque la ley divina que impone la cohabitación para preservar de males a la sociedad debe ser asimilada a las leyes eclesiásticas cuyo fin es prevenir

un peligro general, las cuales obligan aun cuando ese peligro no exista en un caso determinado (64). Si hemos conseguido penetrar bien la mente de Le Picard y éste se propone decir lo que dejamos expuesto, no compartimos su opinión. Las leyes naturales que están condicionadas a evitar un determinado peligro obligan solamente *eatenus quatenus*, en tanto en cuanto exista ese peligro; no obligan si ese peligro ciertamente no existe en un caso concreto. Si la ley eclesiástica en casos semejantes obliga más, es solamente porque el legislador humano así lo ha dispuesto, ya que es muy difícil y peligroso dejar al juicio individual de cada uno el apreciar si hay o no peligro de mal social; pero esta norma, que es de derecho positivo humano, no puede trasladarse al derecho natural y divino. Restringiendo, pues, de momento la cuestión a este derecho y sin prejuzgarla bajo el aspecto del derecho eclesiástico, creemos que pueden formularse las siguientes conclusiones: *a)* En la separación hay ordinariamente peligro de escándalo; por consiguiente hay que presumir que existe en todos y cada uno de los casos, mientras no se demuestre lo contrario. *b)* Es muy difícil, pero no imposible, que una persona particular, máxime la misma interesada en la separación, pueda juzgar imparcialmente acerca de la existencia de dicho peligro. *c)* Por consiguiente, el favor del derecho exige que, si no consta positivamente y sin ningún género de duda que el bien público no habrá de sufrir detrimento en un caso concreto, se someta la cuestión a la autoridad pública, para que ella juzgue autoritativamente acerca de la existencia de causa legítima para la separación.

2) *El derecho positivo eclesiástico* acerca de la intervención de la autoridad pública en la separación se halla contenido en los cánones 1.130 y 1.131, los cuales, a nuestro juicio, no son todo lo claros que debieran serlo. Tratan la cuestión como de pasada y dan lugar a que pueda formularse esta interrogación: ¿Son dichos cánones constitutivos de derecho, o bien se limitan a referir el derecho natural, sin añadir cosa alguna a las prescripciones de éste? Si son constiutivos de derecho, hay que afirmar que en ningún caso—salvo aquellos expresamente autorizados por ellos—es lícita la separación por autoridad privada (la separación perpetua o por largo tiempo), aunque la causa legítima sea evidente y no haya peligro de escándalo, pues se trataría de una ley dada "para precaver un peligro general" (65). Si, por el contrario, no añaden nada nuevo a lo que el derecho natural prescribe, podrían separarse los cónyuges sin recurrir al Ordinario ni al juez, cuando de la separación no se origine escándalo ni se interponga

(64) Le Picard, ob. cit., § 17, pág. 165.
(65) Can. 21.

otro precepto del derecho natural o divino. Nos inclinamos a lo primero, pero con las salvedades que luego expondremos.

No es tan fácil como a primera vista pudiera parecer dar una solución convincente a la cuestión que nos hemos propuesto. En efecto: *a)* No hay ningún precepto claro y tajante en el Código en el cual expresamente se diga que los cónyuges no pueden separarse por autoridad propia y mutuo acuerdo en ningún caso, aunque no haya escándalo. A esa conclusión hay que llegar arguyendo *a sensu contrario* del canon 1.131, § 1; y tal argumento casi nunca tiene fuerza incontrovertible. *b)* Si bien el canon 1.131 condiciona la separación *temporal* por autoridad propia a los casos en que conste la certeza la existencia de causa legítima y haya peligro en la demora, el canon 1.130, por el contrario, parece autorizar la separación *perpetua* en dicha forma, sin exigir más condiciones que la certeza acerca del adulterio. No se explica esta mayor lenidad de los cánones acerca de la separación perpetua en relación con la temporal; más bien debería ser al contrario. *c)* Los canonistas y moralistas no están de acuerdo acerca de la licitud de la separación hecha por autoridad privada por cualquier causa honesta (66). Los que sostienen que puede realizarse la separación (perpetua o duradera) por una causa honesta sin recurrir a la autoridad pública, con mucha más razón han de sostener lo mismo, si hay una causa legítima de las contenidas en el Código. *d)* La Iglesia no considera en el fuero externo pecadores públicos a los que se hallan separados por autoridad propia, aunque no falta quien sostenga lo contrario (67). A nuestro juicio, ha de interpretarse el derecho constituído de los cánones 1.130 y 1.131, haciendo distinción entre el fuero de la conciencia y el fuero externo y público de la Iglesia, o lo que es lo mismo, entre la separación sin efectos canónicos y la separación con dichos efectos.

---

(66) Hace notar LE PICARD (ob. cit., § 17, pág. 155) que si bien hasta fines del siglo XVI el común de los autores repudiaba la separación por consentimiento mutuo, como no fuera para abrazar un estado de vida más perfecto, así, por el contrario, un siglo más tarde este mutuo consentimiento se convirtió en título y causa de separación, aunque a ella no se llegara con el fin de entrar en religión, sino por cualquier causa honesta. En las páginas 155 y 156, notas 9, 10, 11 y 12, hace la cita de los siguientes autores, que siguen la opinión más benigna: LAYMANN *(Theologia Moralis,* lib. V, tract. X, pars. III, cap. VII, nn. 1-2), BUSEMBAUN *(Theologia morum,* lib. VI, tract. VI, cap. II, dub. III, resp. 2), GURY-DUMAS *(Compendium Theol. Moralis,* cap. II, art. II, § II, tom. II, n. 761), SCAVINI-DEL VECCHIO *(Theologia Moralis Universa,* tom. III, n. 860), y en la página 159, nota 16, cita a GENNARI *(Consultazioni morali canoniche liturgiche,* vol. I, consult. LXVII, n. 8). Frente a estos autores—y algunos más—podemos citar otros que, más o menos veladamente, sostienen la opinión más rigurosa, verbigracia: WERNZ-VIDAL (ob. cit., vol. V, 646), UBACH *(Theol. Mor.,* II, 2.824 b), MERKELBACH *(Theol. Mor.,* II, 984, 1, c.), MARC-GESTERMANN-RAUS *(Theol. Mor.,* II, 2.125), AERTNYS-DAMEN *(Theol. Mor.,* II, 938)

(67) MARC-GESTERMANN-RAUS, ob. y loc. cit. en la nota anterior.

(68) SÁNCHEZ, ob. cit., lib. X, disp. XII, nn. 14, 31, 32, 38; REIFFENSTUEL, ob. cit., lib IV, tit. XIX, n. 91; SCHMALZGRUEBER, ob. cit., lib. IV, tit. XIX, § 2, nn. 112-113.

a) Por lo que se refiere al *fuero de la conciencia,* creemos que no puede ponerse en duda que en algunos casos es lícita la separación, aun perpetua, por causa de adulterio, o porque haya peligro de alma o de cuerpo en demorar la separación. Son bien claros los cánones 1.130 y 1.131, los cuales o no tienen contenido alguno o permiten, por lo menos, la separación en el fuero de la conciencia. Mas para ello es preciso que se verifiquen ciertas y determinadas condiciones, unas expresadas en dichos cánones y otras sobreentendidas.

a' El adulterio ha de ser, en primer lugar, cierto, sin asomo alguno de duda. Ya hemos visto más arriba el rigor con que procede la Rota Romana en la prueba de él; y por lo tanto se requiere certeza más fundada, si la separación ha de hacerse sin dar al adúltero facilidades para que pueda defenderse en juicio contradictorio. Se requiere, además, que de la separación por autoridad privada no se origine escándalo; escándalo que más fácilmente puede producirse si el adulterio es oculto (68), salvo que los cónyuges se separen en un lugar en donde se ignora que están casados. La separación hecha en esta forma no produciría efectos canónicos en el fuero externo, tanto si el adulterio fuera oculto como si fuera público, pues no puede la Iglesia conceder dichos efectos (v. gr., en cuanto al domicilio de la mujer, participación del estado del marido, patria potestad, educación de los hijos, etc.) a un acto realizado a espaldas de ella. Tal separación sería *legítima* en el fuero interno; pero no lo sería en cuanto a producir efectos positivos canónicos en el fuero externo y público de la Iglesia, como lo ha reconocido la Instrucción de 1936 (69), explicando la significacion del adverbio "legitime", que emplea el canon 1.130 (70). Si el cónyuge abandonado reclamara judicialmente contra la separación, debería el otro probar el adulterio o restaurar la vida en común.

b' Lo mismo ha de decirse de la separación temporal por alguna de las causas contenidas en el canon 1.131. Para que pueda hacerse la separación por autoridad privada—en el fuero de la conciencia y sin efectos canónicos—, la causa de la separación ha de ser cierta y ha de evitarse el escándalo; pero además se requiere que haya peligro en la demora. Esta es una separación provisional, que no puede prolongarse indefinidamente. Se ha de recurrir a la autoridad legítima tan pronto como sea posible. El

(69) Art. 6, § 2.

(70) No nos explicamos cómo en alguna ocasión pudo concederse gubernativamente la separación sin oír a las dos partes, manifestando después el Ordinario que la separación otorgada por él oficialmente mediante decreto sólo producía efectos canónicos en el fuero de la conciencia.

"favor iuris" exige, a nuestro juicio, que se saque esta conclusión del texto del canon.

b) En cuanto al *fuero externo,* y por lo que toca a la intervención de la potestad pública en la separación, nos parece también indiscutible que los repetidos cánones 1.130 y 1.131 no se limitan a referir el derecho natural, sino que son constitutivos de derecho positivo eclesiástico; son una ley dada para precaver un peligro general, y, por consiguiente, obliga su observancia aun en aquellos casos en que dicho peligro no exista ni el derecho natural exija la intervención de la potestad social. Así se deduce, en primer lugar, de la importancia de la materia, la cual exige una regulación del derecho positivo. Lo da a entender, además, el hecho de que, mientras el derecho natural no hace distinción entre "Ordinario" y "juez", los expresados cánones nos dicen cuándo ha de intervenir el primero y cuándo el segundo; y no puede concebirse que una ley regule lo que es accidental en una materia y deje sin regular lo que es sustancial en la misma. Poco importa que la Iglesia no considere en su fuero externo pecadores públicos a los esposos que por autoridad propia viven separados, ni les prive de sepultura eclesiástica, ni les imponga otras penas canónicas; pues muchas veces, atenta a la salvación de las almas, sabe disimultar y dejar en su buena fe a los que tal vez de buena fe quebrantan sus leyes (71).

4.° PROCEDIMIENTO EN LA INTERVENCIÓN.

Comencemos anotando que, en las causas de separación, contra lo que ocurre en las de nulidad, nunca se puede entablar de oficio el proceso ni

---

(71) LE PICARD cita en el § 7 de su meritísima obra más de treinta sínodos, casi todos franceses, de los siglos XVI y XVII, en los cuales hay prescripciones referentes a la separación sin la autoridad de la Iglesia. No son todos igualmente claros y terminantes; pero, en general, se establece en ellos la ilicitud de la separación por autoridad privada. Los del siglo XVI son más severos; los del XVII comienzan a suavizar las medidas para impedir la separación en esa forma

En un trabajo publicado recientemente con el título de *Avant projet de status diocésains sur la séparation des époux* ("Ephemerides Iuris Canonici", Roma, 1947, año III, n. 2, págs. 286-316), estudia las medidas que convendría adoptar en las constituciones sinodales de las diócesis de Francia para prevenir o castigar las separaciones de hecho sin pasar por el control de la autoridad eclesiástica competente. El docto canónigo de Rouen reconoce (loc. cit., pág. 292) que dadas las circunstancias de los tiempos, las costumbres actuales, la finalidad de las penas eclesiásticas y la probabilidad de que éstas fueran menospreciadas, no sería tal vez prudente que la Iglesia hiciera uso de su potestad punitiva en el fuero externo. "De fait—dice él—l'autorité ecclésiastique, en maints domaines où elle intervenait reste passive. Or, si elle ne poursuit plus les adultères, peut-on songer à lui demander de punir au for externe les époux séparés?"

Es de notar que el autor advierte de antemano que él escribe su anteproyecto con vistas a Francia solamente; y nosotros advertimos también que las circunstancias, las leyes y las costumbres de España son, afortunadamente, muy diversas de las de la nación vecina.

(72) *Commentarius in iudicia ecclesiastica,* tom. III, tít. XVIII, cap. I, n. 8, 2, pág. 126 (Roma, 1941): "Salvo matrimonii vinculo transigitur quoad alia, videlicet quoad *individuam vitae consuetudinem,* dotem, bona patrimonii communia, etc".

puede acusar el fiscal, pues el bien público jamás exige que se separe a los que viven juntos en matrimonio ciertamente válido, ni la separación puede imponerse con el carácter de pena.

Tampoco puede acudirse a la transacción como medio para evitar el proceso o para terminarlo, una vez comenzado, si la transacción ha de desembocar en la separación. Intentaremos demostrar esta afirmación que hacemos.

El canon 1.927 prohibe transigir en las causas contenciosas en que se trata de la disolución del vínculo conyugal; luego parece que a *sensu contrario* puede haber transacción, siempre que no se trate de divorcio vincular, sino sólo de mera separación. Así opina LEGA-BARTOCCETTI (72) sin distingos de ningún género. Veamos, sin embargo, hasta dónde llega la protección del derecho en esta materia, para lo cual pondremos en parangón el derecho del Código canónico con nuestro Derecho civil patrio.

Ateniéndonos escuetamente a la *legislación del Código: a)* No hay inconveniente alguno en transigir acerca de los efectos meramente civiles que pueden derivarse de la separación. *b)* Por lo que toca a la ruptura de la vida conyugal, puede también ser objeto de transacción la separación de lecho y de mesa, siempre que no haya algún precepto de orden superior que la prohiba en un caso determinado, v. g., el peligro de la castidad, el escándalo, etc., pues dicha separación no afecta, en circunstancias normales, al bien público. *c)* Mas, si se trata de ruptura completa de la vida conyugal—de lecho, mesa y habitación—no puede transigirse, en orden a establecer la separación y sin intervención de la autoridad legítima, si no consta con certeza que hay causa justa para ella. Cuando haya duda positiva y probable acerca de la existencia de dicha causa, tampoco puede, a nuestro juicio, establecerse la separación perpetua o duradera mediante transacción; pero sí podría en ese caso ser objeto de transacción una separación temporal más o menos prolongada, según sea mayor o menor la probabilidad de la existencia o gravedad de la causa invocada para ella, siempre que la transacción se lleve a cabo con intervención de la autoridad competente, máxime cuando haya de surtir efectos canónicos en el fuero externo. La mera duda acerca de la existencia de causa legítima para separarse, siempre que se funde en argumentos positivos sólidamente probables, creará entre los cónyuges un estado de cierta incompatibilidad, la cual podrá considerarse como causa de separación y cuya fuerza tocará apreciar a la autoridad eclesiástica que autorice la transacción sobre separación temporal.

Puesto en parangón el Derecho del Código canónico con *nuestro Derecho civil patrio,* resulta éste mucho más tajante y riguroso que aqué Frente al canon 1.927, § 1, que se limita a consignar que no puede válidamente transigirse en las causas contenciosas en las que se trata de disolución del matrimonio, dice el artículo 1.814 del Código civil español que no se puede transigir sobre el estado civil de las personas, ni sobre las cuestiones matrimoniales. Y la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de diciembre de 1932 (73) dice que es nula la transacción entre marido y mujer, comprometiéndose a vivir separados.

¿Qué repercusión tiene en el fuero eclesiástico esta norma del ordenamiento civil? A nuestro juicio, mucha. El canon 1.926 dice que "en la transacción se observarán las normas establecidas en las leyes civiles del lugar en donde aquélla se realiza, si no son opuestas al derecho divino o eclesiástico y sin perjuicio de lo que se dispone en los cánones que siguen." Ahora bien: *a)* La norma civil mencionada no sólo no se opone al derecho divino, sino que robustece y reafirma el precepto de que el hombre casado debe dejar a su padre y a su madre y permanecer unido a su mujer. *b)* Tampoco se opone al derecho eclesiástico, el cual no autoriza *expresamente* la transacción en las causas de separación conyugal (74), antes bien recoge en el canon 1.014 el principio del favor del derecho de que goza el matrimonio, favor que, según hemos expuesto, no sólo se refiere a la disolución del vínculo, sino también a la de la vida en común de los esposos *c)* Finalmente, tampoco se opone a los restantes cánones del capítulo I (tít. XVIII, lib. IV) del Código canónico, los cuales no formulan ninguna norma que se oponga a la del Código civil. Por consiguiente, opinamos que en España está fuera de duda que la separación conyugal no puede ser objeto de transacción en el fuero eclesiástico. Y si alguien opinara que esto es cosa dudosa, en ese caso habría lugar a aplicar el canon 1.014, o sea, el "favor iuris"; e inclinarse al lado de la nulidad de la transacción y consiguiente ilicitud de la separación hecha mediante aquélla.

De lo expuesto se deduce que, por lo menos en España, no puede invocarse en pro de la separación conyugal una transacción llevada a cabo entre los esposos, aunque esa transacción se hubiera realizado con la intervención de la autoridad eclesiástica. Esto, sin embargo, no quiere decir que la separación temporal a la cual se hubiera llegado en esa forma habría de ser ilícita. Sería ciertamente lícita dicha separación; pero no en cuan-

(73) MEDINA Y MARAÑÓN, *Leyes civiles de España* (Madrid, 1943), nota al artículo 1.814 del Código Civil.
(74) Véase el tenor del canon 1.927.

to *transigida*, sino en cuanto *autorizada* mediante causa legítima por la autoridad competente.

El procedimiento a seguir por la autoridad que interviene en la separación puede ser de dos clases: administrativo o judicial. El primero de ellos no tiene en el Código normas concretas que lo regulen: deben observarse las del derecho natural, uno de cuyos postulados es que han de darse a la parte inculpada facilidades para que pueda defenderse. El segundo se rige por los cánones del Código referentes al juicio contencioso, y de alguno de ellos nos ocuparemos más abajo.

Por lo que se refiere al empleo de uno u otro procedimiento en las causas de separación, creemos que el Código canónico no da margen a dudas: las de separación perpetua por adulterio han de tramitarse en forma contenciosa; las de separación temporal, por otras causas, administrativamente de regla general, pudiendo también tramitarse en juicio contencioso, si el Ordinario así lo dispone de oficio o a petición de alguna de las partes. Esta es la norma que se desprende del canon 1.131 en concordancia con la declaración de la Comisión Pontificia de Intérpretes de 25 de junio de 1932 (75).

La costumbre casi universal hasta hoy en las Curias españolas ha sido y sigue siendo otra. Las causas de separación temporal se tramitan en forma contenciosa ante el tribunal diocesano. La razón de esto es porque las leyes civiles de nuestra Patria, inspiradas en un recto criterio de acatamiento de las disposiciones emanadas de la autoridad eclesiástica, atribuyen efectos civiles a las *sentencias* pronunciadas por los *tribunales eclesiásticos*, y no las atribuyen expresamente a las resoluciones administrativas de los Ordinarios. Cuando se redactó nuestro Código civil, la norma común era que todas las causas de separación, temporal o perpetua, se tramitaran y resolvieran contenciosamente; y de ahí seguramente dimana el que dicho cuerpo legal no se haya ocupado—ni para darles ni para denegarles efectos civiles—de las resoluciones eclesiásticas dictadas por un procedimiento administrativo. De aquí se ha originado que no ha sido uniforme en el fuero estatal el dar o denegar efectos civiles a dichas resoluciones administrativas; pues, si en algún caso se han equiparado dichas resoluciones a las sentencias dictadas por la vía contenciosa, en algún otro, acogiéndose al texto y a la letra de la ley, se ha estimado que es mucho el volumen de estos efectos civiles para que puedan atribuirse a una resolución dictada en la vía gubernativa por una autoridad que forzosamente tiene que moverse en un plano de orden muy distinto y con vistas, como

(75) A. A. S., XXIV, 284.

es natural, a tranquilizar conciencias en el fuero interno y a producir efectos canónicos en el externo. Por informaciones que juzgamos absolutamente fidedignas hemos tenido conocimiento de un decreto de separación entre cónyuges españoles, dictado por un Ordinario extranjero, sin oír siquiera a la parte inculpada y sin más informes que los suministrados por el párroco del cónyuge querellante y sin haber apenas tenido ocasión de conocer al otro cónyuge. Que un decreto de separación de ese género se dé en tal forma, es menos inexplicable, si con él sólo se ha pretendido —como al parecer se dijo—tranquilizar la conciencia del que pidió la separación, pero sin prever que había de producir en España, caso de ser aceptado como bueno—que no lo fué—, efectos de la gran envergadura que tienen los que nuestras leyes civiles otorgan a las *sentencias* de los tribunales eclesiásticos. Conocemos también otro caso—asimismo por referencias muy fidedignas—de un decreto administrativo emanado de un Ordinario español, al cual se le otorgaron efectos civiles una vez que fué confirmado por la Sagrada Congregación; pero ésta hubo de volver en parte sobre sus pasos, concediendo beneficio de nueva audiencia y mandando que se abriera nueva información en contencioso, una vez que se le hizo saber que entraban en juego intereses económicos de gran importancia.

Precisamente por atribuirse efectos civiles a las disposiciones eclesiásticas en esta materia, ocurre que se presentan peticiones de separación con una finalidad, en muchos casos, puramente crematística; y para conseguir la separación se fingen causas legítimas, que en realidad no existen. De donde viene a resultar que los efectos civiles, que son algo secundario y derivado, se convierten, por lo menos en el orden de la finalidad, en algo primario y fundamental con un trastueque absoluto de la verdadera jerarquía de valores en el matrimonio. Para salir al paso de todos los inconvenientes que hemos esbozado sería de desear que en nuestra Patria se adoptaran normas especiales protectoras de la institución matrimonial. Estas normas podrían ser las siguientes, formuladas por PÉREZ MIER como conclusiones en la magnífica ponencia que tuvimos el gusto de oírle en la Segunda Semana Canónica celebrada en Madrid el año pasado: *a)* Es recto criterio interpretativo y valorativo el que asigna efectos civiles solamente a las sentencias dictadas por los tribunales eclesiásticos. *b)* Hay una laguna en la concordancia de ambos ordenamientos, al no reconocer eficacia jurídica a los decretos administrativos de la Autoridad eclesiástica. *c)* Para llenar esa laguna se pronunció el ponente en favor de la actuación judicial, y ello con carácter de exclusividad, en las causas de separación, siempre que lleve consigo la atribución de efectos civiles. El "favor

iuris" que se debe al matrimonio no sólo tiene aplicación cuando se trata de interpretar normas ya existentes, pero dudosas, sino que exige también la formulación de otras nuevas, generales o particulares, cuando circunstancias especiales de un país las hacen necesarias.

Por lo que se refiere, en concreto, al *procedimiento judicial*, nos limitaremos a tratar de una manera especial lo referente a la competencia de fuero por razón del contrato y a indicar someramente algunas normas protectoras que se hallan diseminadas en el articulado de los cánones referentes a la tramitación de los juicios.

1) *Fuero del contrato.*—El canon 1.565, § 1, determina que es juez competente, por razón del contrato, el del lugar donde éste se celebró; y el 1.964 dice que en las causas matrimoniales es juez competente el del lugar en donde se celebró el matrimonio. La correlación entre ambos cánones es patente. Posteriormente, la Comisión Pontificia de Intérpretes declaró que el canon 1.565, § 1, solamente tiene aplicación cuando la parte demandada no ha abandonado el lugar del contrato. Y como en las causas matrimoniales ha de entenderse que favorece al matrimonio todo lo que dificulta la introducción de dichas causas—y el restringir la competencia del fuero realmente la dificulta—, cabe preguntar: ¿El lugar de la celebración del matrimonio determina siempre la competencia del fuero, o, por el contrario, exige el principio del favor del derecho que se restrinja la competencia por razón del contrato a los casos en que la parte demandada se halle presente en el lugar de la celebración? ¿Hay conexión entre los cánones 1.565 y 1. 964, de tal forma que éste no haga otra cosa que aplicar a las causas matrimoniales la norma general establecida en aquél, o bien cada uno de ellos establece una norma independiente entre sí? Por lo tanto, ¿debe correr el canon 1.964 la misma suerte que corra el 1.565? Se nos figura que es preciso distinguir entre las causas de nulidad y las de separación.

Tratándose de *causas de nulidad,* no abrigamos duda alguna de que el canon 1.964 ha establecido una norma sin conexión alguna con la que formula el 1.565. A la razón que alega CIPROTTI (77) de que el canon 1.964, contra lo que acostumbra el Código en casos similares, no hace alusión alguna al 1.565, ni la instrucción de 1936 (78), también contra su costumbre, menciona la declaración de 1922, podemos añadir otra: la acomodación del canon 1.964 al 1.565 sería menos oportuna; pues la tramitación de ciertas causas de *nulidad,* v. g., las de nulidad por falta de

---

(76) 14 julio 1922; A. A. S., XIV, 529.
(77) *Consultationes iuris canonici,* vol. II (Roma, 1939), pág. 284.
(78) Art. 3.

forma legítima en la celebración del matrimonio o por vicio en el consentimiento, resulta, por regla general, más fácil en el lugar en donde el matrimonio se celebró, aunque los contrayentes se hayan ausentado de allí. No creemos, pues, que el "favor iuris" pueda entrar en juego en este punto, tratándose de causas de nulidad.

Si se ha de llegar o no a la misma conclusión, cuando sólo se trata de mera *separación* conyugal, ya no lo vemos con la misma claridad. A nuestro juicio, pueden alegarse razones en pro y en contra.

Razones en pro: a) El título XX del libro IV del Código lleva el epígrafe: "De causis matrimonialibus", y bajo ese epígrafe está contenido el canon 1.964. Las causas de separación son causas matrimoniales en sentido estricto. Luego, la norma del canon 1.964 comprende también dichas causas. *b)* En el canon 1.971, § 1, núm. 1.°, se hace mención explícita de las causas de separación. Luego, si bajo este canon están comprendidas dichas causas, no hay razón para excluirlas del 1.964. *c)* La práctica de todas las Curias diocesanas que conocemos se halla inspirada en el mismo criterio; y la costumbre, como dice el canon 29, es "optima legum interpres". *d)* La doctrina de los canonistas, los cuales, sin hacer distinción entre causas de nulidad y de separación, atribuyen al juez del lugar del contrato competencia para conocer en ellas (79).

Razones en contra: a) El canon 1.964 es, probablemente, correctorio del derecho antiguo (80); y, como tal, ha de interpretarse en sentido estricto, conforme al canon 6, números 3.° y 4.°, si hay alguna razón positiva para dudar si conviene, en todo o en parte, con el derecho antiguo. Se salva el sentido del canon 1.964 si se aplica solamente a las causas de nulidad y no a las de separación. *b)* Si bien algunos cánones del título XX—especialmente los que contienen normas de derecho público, como son el 1.960 y 1.961—abrazan por igual las causas de nulidad y las de separación, con todo, no puede negarse que, mirando de conjunto todo el articulado de ese título, se echa de ver que el legislador lo enfocó en orden a las causas de nulidad. En uno solo de los cánones, en el 1.971, § 1, número 1.°, se mencionan explícitamente las causas de separación, y aun en ése se halla la cláusula "nisi ipsi fuerint *impedimenti causa*", que sólo afecta a las de nulidad. Parece, pues, como si el legislador se hubiera propuesto ordenar solamente la materia referente a las causas de nulidad; pero, aprovechando

(79) WERNZ-VIDAL, ob. cit., tom. V, n. 689; ROBERTI, ob. cit., vol. I, n. 70, II, 1; CORONATA, *Inst. Iur. Can.*, vol. III (Turín-Roma, 1941), n. 1.481; GASPARRI, *De matrimonio,* vol. II (Roma, 1932), n. 1.240.

(80) GASPARRI, loc. cit.; CORONATA, loc. cit.; WERNZ-VIDAL, loc. cit., nota 21; WERNZ, ob. cit., tom. IV, p. II, n. 736, nota 42.

la ocasión, introdujo algo que se refiere a las de separación, aunque ése no sea el lugar más apropiado. Ejemplos de esto nos suministran otros lugares del Código, que no vamos a traer a colación. *c)* Hay una razón más para sospechar que el canon 1.964 no se refiere a las causas de separación: que no se ve la oportunidad de ello, dicho sea con toda la reverencia para los eximios canonistas que intervinieron en la redacción de dicho canon, si es que se propusieron darle el alcance que se le supone. Así como la *ratio legis* aconseja que el lugar del contrato determine la competencia del fuero en las causas de nulidad—según hemos indicado—, así por el contrario no hemos jamás conseguido ver por qué ha de determinarlo también en las otras causas matrimoniales. Si un matrimonio se celebró en un lugar y los esposos se alejaron de allí con ánimo de no volver más, y en un país remoto uno de ellos cometió adulterio, ¿qué razón hay para que la causa de separación perpetua se tramite en el lugar en donde se celebró el matrimonio? No son, tal vez, conocidos allí de nadie, ni se tiene allí noticia del adulterio, ni padecería allí el bien público por la separación; antes bien padecería por la divulgación del delito. Y no vale decir que, *en ese caso*, el cónyuge inocente debería introducir la causa en el lugar del domicilio o del cuasidomicilio; pues si el canon 1.964 le da derecho para introducirla también en el lugar del contrato, tiene el derecho de opción y nadie puede quitárselo. Con todo, no nos atrevemos a inclinarnos decididamente del lado opuesto al sentir de tantos canonistas de nota y a la práctica de las Curias; pero sí formulamos la siguiente interrogación: ¿No podría considerarse esto como caso de duda y aplicársele el principio del "favor iuris"? Tal vez fuera de desear una declaración auténtica de la Comisión Pontificia; pues el Código, como toda obra humana, no puede decirse absolutamente perfecto, no obstante la indiscutible pericia de quienes lo elaboraron (81).

2) *Normas de protección.*—Son aplicables a las causas matrimoniales de separación todas aquellas normas que en el derecho procesal eclesiástico tienen por fin tutelar el bien público. Pero hemos de recordar que el bien público solamente está interesado en que se sostenga la cohabitación de los esposos y no en que se decrete la separación. Con este criterio es con el que han de interpretarse ciertas normas en la presente materia.

(81) Queremos consignar aquí que sabemos también de algún caso en que se ha pretendido obtener un decreto *administrativo* de separación, solicitándolo del Ordinario del lugar, en donde se había celebrado el matrimonio, pero en donde los esposos, domiciliados en otra parte, no residían desde hacía ya muchos años. Tal pretensión la juzgamos exorbitante, pues no pueden aplicarse ni el canon 1.964 ni el 1.565, los cuales se limitan a regular la competencia en materia judicial.

Además de aquellas de que ya nos hemos ocupado, citaremos, a manera de ejemplo, las siguientes:

a) En los pleitos de separación debe intervenir siempre el fiscal, conforme al canon 1.586. No es necesario que el Ordinario decrete la intervención, pues la naturaleza de la causa lo requiere. En este criterio se ha inspirado el artículo 27 de las Normas de la Rota Española (82), el cual dice que "pertenece al Nuncio Apostólico determinar cuándo debe intervenir el fiscal en las causas contenciosas, para defender el bien público, a no ser que... su intervención aparezca necesaria, por la naturaleza del asunto, como en las causas... de separación entre los cónyuges". El fiscal, sin embargo, no puede acusar en estas causas, porque el bien público, supuesta la validez del matrimonio, nunca reclama la separación.

b) Conforme al canon 1.655, § 2, tiene el juez obligación de dotar de abogado a la parte que no lo tenga, en las causas que afectan al bien público; mas a la parte demandada en las causas de separación—no a la demandante—puede darle otro abogado además del elegido libremente por ella (83).

c) No puede acogerse la confesión judicial como medio de prueba, a tenor del canon 1.751, aunque sí puede ser recibida como adminículo. En este punto suscribimos plenamente la tesis de LE PICARD (84), según el cual la confesión de la parte adúltera no releva a la otra parte de buscar pruebas para probar el adulterio. La confesión judicial es un adminículo de prueba y una orientación para el juez. No negamos, sin embargo, que en algún caso concreto, cuando por otros medios puede llegarse a la convicción de la sinceridad y veracidad de la parte que confiesa, la confesión mismo puede tener el carácter de prueba plena, pero esta convicción hay que formarla en cada caso concreto. Lo normal será que la confesión no releva de la carga de la prueba; lo contrario será la excepción.

d) Tiene el juez obligación de suplir las pruebas, de conformidad con el canon 1.619, § 2, pero sólo en favor del demandado, o sea, en favor del matrimonio; no a la inversa.

e) Debe el juez, a tenor del canon 1.744 exigir a las partes juramento de decir verdad; pero sólo debe exigirlo con el fin de corroborar la defensa del acusado o de desvirtuar las pruebas presentadas por la parte que pida la separación.

---

(82) Motu proprio *Apostolico Hispaniarum Nuntio*, de 7 de abril de 1947; A. A. S., XXXIX, 155; "Boletín Oficial del Estado" de 6 de mayo de 1947.

(83) LE PICARD, ob. cit., § 25, págs. 244-245.

(84) Ob. cit., § 24, el cual cita en las notas 14-19 varias autores antiguos que sostienen la tesis contraria, tratándose de confesión del adulterio.

f) Puede llamarse de oficio testigos; pero sólo con el fin de sostener la comunión de vida, o sea, contra la separación (can. 1.759).

g) No puede zanjarse el pleito mediante transacción, si ésta implica la separación, según ya hemos expuesto.

h) Tampoco puede llegarse a la solución del pleito mediante juramento decisorio, conforme a los cánones 1.835 y 1.836, porque dicho juramento viene a reducirse a una transacción (85). Fuero de esto, tal vez no sería el "favor iuris" el que impidiera que la parte actora, la que pide la separación, propusiera a la otra parte el juramento decisorio; pues, en el caso de que ésta lo prestara, se resolvería la causa favorablemente al matrimonio y en contra de la separación; y si no lo prestara, nada se seguiría en contra. A lo que sí se opondría el "favor iuris" es a que la parte a quien se le defirió lo refiriera a la otra parte; pues, prestándolo ésta, habría que pronunciar la separación.

5.° El "favor iuris" en el Derecho civil español.

No pretendemos hacer un estudio detenido de las consecuencias que ante nuestro Derecho civil patrio puede tener la separación conyugal, ya sea ésta mera separación de hecho con causa legítima, o separación pactada amistosamente, o finalmente separación legal mediante sentencia del tribunal o autoridad competente. Dejamos esto al estudio de los juristas especializados, incomparablemente más competentes que un canonista. Solamente intentamos en este apartado insinuar en forma de elenco, muy a la ligera, algunos de los problemas que pueden plantearse ante el fuero civil y que están íntimamente relacionados con la doctrina que hemos venido exponiendo; y lo hacemos con el fin único y exclusivo de que pueda apreciarse que la calificación de la licitud o ilicitud de la separación puede tener repercusiones de gran monta en cuanto a los efectos civiles de la misma. Los datos y sugerencias los tomamos, casi en su totalidad, de la erudita y docta conferencia que con el título "*La separación de hecho en el matrimonio*" pronunció en 1944 en la Academia Matritense del Notariado D. Ramón Faus Esteve, notario de Barcelona (86).

Nuestro Código civil, lo mismo que el canon 1.128, establece en el artículo 56 que "los cónyuges están obligados a vivir juntos". Y la Dirección General de los Registros fundamenta una resolución de 30 de noviem-

---

(85) Le Picard, ob. cit., § 23, pág. 232.

(86) Se publicó en "Anales de la Academia Matritense del Notariado" (Madrid, 1946), tom. II, págs. 281-353.

bre de 1907 (87) en la doctrina de que "la obligación de vivir juntos es de orden público y no puede ser modificada por el mutuo acuerdo de los obligados".

La ley de Matrimonio civil de 1870, no obstante hallarse inspirada por un criterio laicista, establecía en su artículo 84 que "los cónyuges no podrán *divorciarse* ni aun *separarse* por mutuo consentimiento; para ello es indispensable *en todo caso* el mandato judicial". Aunque el Código civil vigente, dice FAUS ESTEVE (88), no contenga un precepto semejante, la jurisprudencia es terminante sobre este particular, según consta, entre otras, por las sentencias de 7 de enero de 1868, 26 de junio de 1886, 11 de octubre de 1902, etc.

Aplicando el artículo 4.° del Código civil, según el cual "son nulos los actos ejecutados contra lo dispuesto en la ley, salvo los casos en que la misma ley ordene su validez", en concordancia con el artículo 1.255 del mismo cuerpo legal, el cual dice que "los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público", examina FAUS ESTEVE los pactos de separación conyugal bajo los aspectos del orden público, de las buenas costumbres, de la ilicitud de la causa, de la transacción y de la inalterabilidad del régimen económico conyugal. La jurisprudencia española, hace notar, es constante en apreciar la nulidad de tales pactos; pero discrepa en las razones en que la fundamenta. Unas veces alega razones de orden público, v. gr., en las sentencias del Tribunal Supremo de 2 de diciembre de 1915 y 26 de enero de 1916, y en las resoluciones de la Dirección de los Registros de 30 de noviembre de 1916 y 1 de julio de 1943 (89), a las cuales podemos añadir la ya citada de 30 de noviembre de 1907. Alguna vez, como en la sentencia de 3 de noviembre de 1905, se ha fundamentado la nulidad de tales pactos en que la separación es "una situación incompatible con la moral del matrimonio, que exige la convivencia" (90). No faltan tampoco sentencias del Tribunal Supremo en las que éste, según el mismo autor, "ha invocado la doctrina de la ilicitud de la causa, tratándose de separaciones convencionales", por ejemplo, las sentencias de 24 de enero de 1898 y 8 de marzo de 1918 (91). En otras ha acudido el mismo Tribunal al artículo 1.814 del Código civil,

(87) MEDINA Y MARAÑÓN, *Leyes civiles de España* (1943), nota 5 al artículo 56 del Cód. Civil.
(88) Ob. cit., pág. 306.
(89) Citas de FAUS ESTEVE, ob. cit., pág. 311.
(90) FAUS ESTEVE, ob. cit., pág. 313.
(91) FAUS ESTEVE, ob. cit., pág. 314.

que prohibe transigir sobre cuestiones matrimoniales, y apoyándose en él ha declarado la nulidad de los pactos de separación. Así lo ha hecho en las sentencias de 25 de junio de 1909, 5 de junio de 1926 y 19 de diciembre de 1932 (92). Finalmente, esta última sentencia invoca también la infracción del artículo 1.320, que prohibe la alteración del régimen de capitulaciones y declara nula la cesación de la vida común (93).

Consecuencia que se desprende de todo lo que antecede: que la jurisprudencia española, de una manera constante y uniforme, conviene en tener como nulas las convenciones de separación conyugal, si bien discrepa en los argumentos para repudiarlas; y lo mismo ha de decirse de la mayor parte de los juristas que se han ocupado de estas cuestiones. La razón de ello hay que buscarla, indudablemente, en que tanto los organismos del poder judicial o administrativo, como los tratadistas del derecho, ven en la separación conyugal por mutuo acuerdo, sea de inmoralidad o sea de atentado al orden público, algo que clama en contra de esos pactos, y de ahí que por distintos caminos traten todos de llegar al mismo fin a base de construcciones más o menos diversas entre sí, pero en el fondo de las cuales late la misma idea: la ilicitud de la separación y la necesidad social de que el derecho con su favor preste asistencia a la vida en común y repudie la separación conyugal. Los preceptos del derecho positivo acaso no sean alguna vez diáfanos; pero hasta donde no llegan las normas tajantes del derecho debe llegar, y llega, el "favor iuris" a la institución matrimonial.

De que los pactos de separación sean válidos, o no, depende la solución que en nuestro Derecho patrio haya de darse a muchos problemas que se plantean con la separación de hecho. FAUS ESTEVE (94) los clasifica en cuatro grupos: 1) derivados del no ejercicio de la jefatura familiar; 2) de la falta al deber de cohabitación; 3) del quebrantamiento de la fidelidad conyugal; 4) de la inasistencia familiar. Y en cada uno de esos grupos enumera, entre otros, problemas tan interesantes como los siguientes: *a)* patria potestad; *b)* consentimiento para el matrimonio de los hijos; *c)* derecho de la mujer al nombre del marido; *d)* presunciones de propiedad; *e)* potestad doméstica; *f)* uso y habitación; *g)* régimen económico-conyugal; *h)* derecho sucesorio; *i)* domicilio; *j)* depósito de la mujer; *k)* derecho social; *l)* derecho internacional; *m)* paternidad; *n)* alimentos; *ñ)* ac-

---

(92) FAUS ESTEVE, ob. cit., pág. 315.
(93) MEDINA Y MARAÑÓN, ob. cit., nota 3 al artículo 1.320.
(94) Ob. cit., pág. 320 y sigs. No reproducimos la enumeración completa y detallada que se hace, sino sólo los principales puntos.

cidentes del trabajo; *o)* abandono de familia. Finalmente, se plantea el docto conferenciante el problema de si puede el notario, y hasta qué punto, autorizar escrituras, mediante las cuales tratan los cónyuges—en forma más o menos directa, más o menos velada—de procurarse una separación efectiva con ciertos y determinados efectos ante la ley civil.

Siendo tan numerosos y de tal importancia los problemas que reciben solución en el fuero civil español mediante la separación canónica de los esposos, nada tiene de extraño que en nuestra patria registren las Curias diocesanas más demandas de separación que las Curias de otras naciones en las que la legislación del Estado no está en armonía con la de la Iglesia. ¿Quiere decir esto que la atribución de efectos civiles a las resoluciones canónicas es incentivo de separación? De ninguna manera. Para afirmar esto habría que hacer el cómputo no de los que *acuden a la Iglesia*, en España y en el extranjero, para separarse, sino de los que *de hecho se separan* en cualquier forma que sea: ante la Iglesia, ante sólo el poder civil o por autoridad propia; y tenemos la seguridad de que la estadística que se hiciera no arrojaría mayor número de separaciones en nuestra patria, sino todo lo contrario. Quiera, pues, el Señor conservarnos la legislación cristiana que poseemos.

LORENZO MIGUELEZ
Auditor de la Rota Española.